

طبع بأمر من صاحب الجلالة الأمير المؤمنين الحسن الثاني نصره الله

المملكة المغربية
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

نظريّة الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي

إعداد
الأستاذ عبد السلام العسري

تقديم

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي المصطفى
الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد، فإن موضوع نظرية الأخذ بما جرى به العمل يعتبر من أجل وأهم
الموضوعات التي نالت من فقهاء وأئمة المذهب المالكي قسطاً كبيراً وحظاً وافراً
من العناية والاهتمام، فعملوا على إمعان النظر فيها، وبذلوا جهداً مشكوراً في
جمعها وتدوينها، وتصنيفها وتبويبها، حتى يسهل تناولها والاستفادة منها
والرجوع إليها من طرف الفقهاء والقضاة، لتكون مرجعاً وعوناً لهم في
استجلاء الأحكام على ما يعرض عليهم من نوازل وقضايا.

وإن تعدد النوازل وتنوعها، وتداخل المصالح وتشعبها، وما يحدث بين
الناس من أمور وقضايا جديدة يفرض على كل من الفقيه والمفتي والقاضي
أن يبحث في التراث الفقهي على ما يستندان عليه لحل النازلة المطروحة في
نطاق الراجح والمشهور، واعتماد النصوص العامة الشرعية، والأصول الفقهية
وقواعدها الكلية، وجزئياتها الفرعية. فكان فقهاء المالكية يتتبعون
الحوادث ويلاحقون المستجدات، حريصين على أن يسجلوا كثيراً من
دقائق العادات والتقاليد التي درج عليها المجتمع على تعاقب العهود
والأحقاب.

فجاء هذا التناول لنوازل القضايا، والبحث لها عن الأحكام الشرعية، أكثر
التصاقاً بالواقع الاجتماعي المغربي، لأنه خصص حيزاً واسعاً بين ثنايا أبوابه
وفصوله للعادات والتقاليد والأعراف، وارتقى بها إلى ما أصبح يعرف بالعمل
كأساس تشريعي يرجع إليه القاضي والمفتي في الأحكام التي لم يرد
بشأنها نص شرعي صريح أو ضمني. كما استقر رأي الفقهاء على الأخذ
بنظرية العمل والحكم والإفتاء بها، درءاً للمفسدة أو رعيّاً لمصلحة عامة وما
تقتضيه الأحوال الاجتماعية للأمة.

والمعروف تاريخياً أن ابتداء العمل بهذه النظرية بدأ بالأندلس وبقرطبة بالذات، لأن علماءها كانوا أقدر على تفريع الأحكام بحكم تمكنهم وتوسعهم في العلوم، واطلاعهم على أسرار الفقه المالكي، ولأن قرطبة اجتمع فيها من الفقهاء الأعلام ما لم يجتمع في غيرها.

إذ كانت حاضرة الأندلس ومجمع العلماء، وإليها كانت الرحلة لطلب العلم من سائر جهات الأندلس والمغرب.

وبإجماع المصادر التاريخية فقد بدأ المغاربة يعملون بهذا التشريع الجديد بعد زوال دولة الإسلام بالأندلس مع مطلع القرن الثامن الهجري وانتقال علمائها إلى المغرب، فنشأ ما يسمى بالعمل المطلق، أي ما جرى به العمل مطلقاً في مذهب الإمام مالك، ثم نشأ ما يسمى بالعمل المقيّد كالعمل الفاسي والعمل الرباطي والعمل السجلماسي، والمراكشي والسوسي وغيرها، وهي اجتهادات واستنباطات فقهية ذات طابع محلي.

وقد اهتم العلماء بهذا الجانب الفقهي، ودخل في غالب أبواب الفقه وعقد له المؤلفون فصولاً في تأليفهم، فخصص له الفقيه الزقاق فصلاً في لاميته، وألف أبو العباس أحمد بن القاضي المكناسي كتاباً حوله، ونظم فيه الشيخ سيدي عبد الرحمان الفاسي منظومة في العمل الفاسي، وغيرهم كثير.

وبغض النظر عن بعض الانتقادات التي وجهت إلى هذا اللون الفقهي فإنه يبقى مع ذلك مجهوداً مشكوراً في مضمار الاجتهاد والاستنباط الفقهي ومحاولة إيجاد الأحكام الشرعية المناسبة للقضايا النازلة بالناس، لأن الفقهاء برهنوا من خلاله على أنهم قادرون على مجابهة المستجدات والمشكلات الواقعة أو المتوقعة، وأعطوا حلولاً للنوازل والقضايا وعلى ملاحقة التطور البشري والتغير الزمني، كما دللوا في نفس الوقت على أن الفقه المالكي فقه خصب وقابل للتطور لمرونته وقوة قابليته للاستمرار والبقاء، واستيعابه لكل ما يجد على ساحة المعاملات، يعتد بالواقع، ويأخذ بالعرف والعادات، ويستند إلى المصالح المرسلة التي هي من أصوله، ومن أجل قواعد الأساسية في هذا الباب مما جعل هذا الفقه صفة وضرورة وحاجة لازمة للمجتمع ومادة اجتماعية تتأثر بما يتأثر به هذا الأخير.

وفي هذا الصدد يدخل هذا البحث الذي تقدم به الأستاذ عبد السلام العسري وقدمه رسالة جامعية نال بها دبلوم الدراسات العليا من دار الحديث الحسنية، مساهمة في إحياء تراثنا الإسلامي فأفاد الباحث وأجاد، ووفى هذه الدراسة حقها من البحث والتحليل المفيد، فاكتمت بذلك أهمية علمية كبرى جعلتها جديرة بالطبع والنشر.

وانطلاقاً من الرسالة العلمية والحضارية والدينية التي تضطلع بها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، يسعد هذه الوزارة أن تقوم بطبع هذا العمل العلمي الهام لتيسير تداوله وتعميم الاستفادة منه لدى السادة العلماء، والدارسين والباحثين المتخصصين.

وتسأل الله عز وجل أن يجعله في سجل الأعمال الصالحة والمبرات الكريمة لمولانا أمير المؤمنين جلالة الملك الحسن الثاني، دام له العز والتمكين، وأن يقر عين جلالته بولي عهده صاحب السمو الملكي الأمير الجليل سيدي محمد، وصنوه السعيد صاحب السمو الملكي الأمير الجليل مولاي رشيد، ويحفظه في سائر أسرته الملكية الشريفة.

إنه نعم المولى ونعم النصير.

وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية

الدكتور عبد الكبير الصلوي المدغري

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين،
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

المقدمة

1 - إن المفهوم العام لنظرية الأخذ بما جرى به العمل هو أن الفقهاء الذين أخذوا بهذه النظرية كانوا يعيشون واقعهم العملي، بما فيه من مشاكل ونوازل، فيقدمون الحلول العملية الشرعية الملائمة لذلك الواقع على الأحكام النظرية المستمدة من ظواهر الألفاظ، والمذهب المالكي المطبوع بهذا الطابع يقدم الحلول العملية الواقعية التي لها سند شرعي، على ظواهر نصوص الألفاظ لأن نصوص الألفاظ ظنية الدلالة، تحتاج إلى تخصيص وتقييد، وإلى بيان وتأويل، بينما الحلول العملية قطعية الدلالة، لا تقبل التأويل، ولا تفهم إلا على وجهها الصحيح، وقد كان علي ابن أبي طالب كرم الله وجهه يحتج على الخوارج بعمل الرسول ﷺ وكان يتجنب الاحتجاج بالأقوال التي لم يصحبها عمل.

أما المفهوم الخاص لنظرية الأخذ بما جرى به العمل فهو : أن يحكم أحد القضاة أو يفتي أحد المفتين ممن تثبت عدالته ونزاهته، مع العلم والمعرفة، بقول ضعيف أو مهجور من أقوال علماء المذهب المالكي، وذلك بناء على أسباب وموجبات اجتماعية، واعتبارات خاصة، كاعتبار ظروف القضية وأحوال المتداعين والمستفتين وما يرجع إلى عوائدهم وأعرافهم، ونظرا إلى أن ذلك القول المحكوم به يكون أكثر انطباقا وأشد ملائمة للمسألة مما عداه، وإن كان غير قوي ولا مشهور، مع ما انضاف إلى ذلك من فائدة رفع

الخلاف في المسألة التي جرى بها العمل، والتي يكون فيها قولان أو أقوال متعددة في المذهب، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف على ما هو معروف.

ويأتي القضاة والمفتون بعد ذلك فيأخذون بذلك العمل، ما دام الموجب الذي خالف المشهور في مثل تلك البلد وذلك الزمان مستمرا. وهناك فرق بين العمل والعرف : فالعرف هو أن يقوم العوام بعمل ما، المرة بعد المرة من غير استناد لحكم من قول أو فعل.

والعمل إنما يصدر عن الفقهاء المقتدى بهم، لا عن العوام، ويجب أن يكون العمل جاريا على قوانين الشرع، لكن قد يلتقي العمل مع العرف فيما إذا كان مستند العمل هو العرف غير أنه يجب في العرف الذي يعتد به في إجراء العمل، أن يكون غير متعارض مع أصول الشريعة ومع مقاصدها، ومن أهم ما يميز أحكام العمل هي : إنها أحكام تلائم واقع المجتمع فيرتاح لها، وتصدر بشأن خصومة ترفع بين يدي القضاء أو الإفتاء، ولم تبق تلك الأحكام مجرد قول تفريعي أصدره أستاذ أثناء درسه لمسائل مفترضة لم يكن لها في الواقع أي وجود.

والعمل بهذه الصفة عرفه أهل الأندلس والمغرب وبلوروه وجمعوا منه مادة حية من مواد القضاء.

ومع تعاقب الأزمان وتجدد الأحداث ونزول النوازل، أخذت هذه المادة تنمو وتزدهر، وتجد لها أنصارا.

وفي أوائل القرن السادس الهجري بلغت مسائل العمل في الأندلس حسب كتاب المفيد في الأحكام لابن هشام الغرناطي المتوفى سنة 530 اثنين وعشرين مسألة. وفي القرن التاسع الهجري لم تتعد المسائل التي جرى بها العمل في فاس آنذاك حسب لامية الزقاق ثمان عشرة مسألة، ثم توالى تطبيقات القضاة والمفتين المغاربة وتكاثرت مسائل العمل فشملت معظم أبواب الفقه، حتى لم يكد يخلو منها أي كتاب من الكتب الفقهية خاصة منها كتب

النوازل، وجمع عبد الرحمن الفاسي في القرن الحادي عشر عددا وافرا من تلك المسائل في كتابه المعروف بالعمل الفاسي.

ب - ولما جاء وقت التفكير في موضوع رسالة (دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية والحديث) اخترت البحث في (نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي).

وقد حداني إلى اختياره الأسباب التالية :

1 - إن نظرية الأخذ بما جرى به العمل، تعرض لنظرية هامة من أخطر نظريات الشريعة الإسلامية، لأنها تعرض للجانب العملي من أحكام الفقه الإسلامي، الجانب الذي يكثر تداوله، والذي يرتبط بالظروف الزمانية والمكانية، والجانب الذي يكثر تبدله وتغيره تبعا لتبدل الحاجات والمصالح.

2 - إن نظرية الأخذ بما جرى به العمل تعتبر من التراث الحضاري المغربي وطابعا مميزا للفقه الإسلامي المغربي، وفيها برزت عقلية المغاربة التي تدل على عبقريتهم الفقهية، وهذا ليس بغريب عنهم فإنهم كانوا يشكلون في عهد الرومان أعظم الفقهاء في القانون الروماني، فكان منهم كبار محامي روما وفقهائها، وكان يقال آنذاك : إن إفريقية مزرعة للمحامين ويذكر تاريخ عصر الرومان أنه ظهر في البربر فقهاء منهم : دُونْتَانُوس وترْتَرُ يَانُوس وفريانوس 245م وكذلك أصبح المغاربة في عهد الإسلام يبرزون أكثر في ميدان الفقه.

3 - إن الفقه الإسلامي عموما يمثل الروح الإسلامية والتفكير الإسلامي في مهدهما وعلى حقيقتهما، ذلك أن الفقه الإسلامي لم يتأثر بمؤثرات أجنبية ولم يدخله دخيل في الفكر أو في الطريقة، خلافا لمن يزعم تأثره بالقانون الروماني. بينما بعض العلوم الأخرى قد تأثرت بمنطق اليونان وبإسرائيليات اليهود وبحضارة الفرس والهند.

والفقه الإسلامي ما يزال إلى اليوم يمثل العامل الأساسي في الكفاح الفكري للإسلام ضد الاستعمار الذي هجم على فقهاء بقوانينه وبنظرياته الاقتصادية والاجتماعية، مما هو حاصل أمام أعيننا فإن النهضة الأوروبية الحديثة لاتقف من الإسلام موقفها العدائي من ناحية العقيدة فعقيدة الإسلام بواحدانية الله وبشرية الرسول أوضح وأبسط وأقرب إلى قبول العقل من عقيدة النصارى بتثليث الإله وربوبية عيسى وكونه ابنا لله.

وإنما يقفون منا هذا الموقف السلبي من ناحية حياتنا العملية وسلوكنا الاجتماعي، وينتقدون فينا التأخر وعدم مسيرتنا للمدنية من ناحية النظم التي نتخذها ونعيش على مقتضاها، ويرون فيها رجعية وجمودا وبعدا عن التمدن، فينتقدون تعدد الزوجات وإباحة الطلاق وتفضيل الرجل على المرأة في كثير من الحقوق ولا سيما في الإرث. وينتقدون عقوبات الحدود من الجلد وقطع اليد، وغير ذلك من الأحكام في الاقتصاد والسياسة والاجتماع ونحن لانقر هذا، وإنما ذكرناه كعرض لوجهة نظرهم. ولما كان الفقه -ولا سيما فقه العمل- هو الذي يمثل هذه الناحية في حياة المسلمين، كان هو خط الدفاع الأول للإسلام ضد هذه الهجمات المتواصلة من قبل المدنية الغربية.

والجدير بالملاحظة أن بعض رجال القانون الأوروبيين أخذوا يرجعون عن نظرتهم السلبية ضد الفقه الإسلامي في لقاءاتهم مع الفقهاء المسلمين خلال المؤتمرات التي يعقدونها للاطلاع على الفقه الإسلامي وفي مؤتمر المجمع الدولي للقانون المقارن المنعقد بباريس في عام 1951 برئاسة المسيو (ميو) أستاذ التشريع الإسلامي في كلية الحقوق بباريس صرح نقيب المحامين بباريس أحد أعضاء المؤتمر قائلا : (أنا لا أعرف كيف أوفق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلاحه أساسا تشريعيا يفي بحاجات المجتمع العصري المتطور وبين ما نسمعه الآن في المحاضرات ومناقشتها مما يثبت خلاف ذلك تماما ببراهين النصوص والمبادئ) وأعلن

رئيس هذا المؤتمر المسيو (ميو) في أحد لقاءاته مع بعض العلماء المسلمين أن
الفقه المالكي ولا سيما في المغرب قد بلغ إلى الذروة من الأصالة والشمول
بسبب مسائل العمل التي برهنت على تفتح المذهب المالكي المغربي، فقد حلت
كثير من المسائل العويصة بناء على أسس نظرية العمل.

تلکم كانت الأسباب التي جعلتني أختار البحث في نظرية الأخذ بما جرى
به العمل خصوصاً، والفقه الإسلامي عموماً.

ج - والأهداف المتوخاة من وراء البحث في هذا الموضوع هي :

1 - تلبية رغبة التخصص والتعمق في الفقه الإسلامي المغربي الذي
نبئت جذوره في نفسي منذ مدة طويلة.

2 - تطبيق القواعد التربوية التي تقضي بوحدة الملكة العلمية، وبوحدة
ملكة الصنائع والحرف، لأن الملكة التي تسبق إلى فكر الإنسان هي التي
ترسخ في نفسه، وإن من يحاول إضافة ملكة أخرى أو تخصص آخر، فإن
جميع تخصصاته ستكون سطحية وعامة ولا تبلغ إلى درجة العمق لأن
الإنسان لا يستطيع أن يحيط بكل شيء، والكمال لله وحده.

3 - بما أن نظرية الأخذ بما جرى به العمل، نظرية مغربية، فإنني أهدف
من البحث فيها، أن أساهم في إحياء ثرائنا وكشفه للأجيال وتقريبه منها،
حتى تتعرف عليه وتهتم به.

4 - أريد من البحث في نظرية الأخذ بما جرى به العمل، أن أحاول
تأسيس وبيان أركانها، وإيضاح غوامضها.

5 - أريد من البحث في هذه النظرية أيضاً، القيام ببعض الواجبات نحو
شريعتنا الإسلامية، لرد دعاوي بعض الغربيين من المستشرقين وغيرهم في
اتهمهم الشريعة الإسلامية بالجمود وعدم صلاحيتها وتلبيتها لحاجات
المجتمعات المعاصرة وكذلك إزالة الشكوك والتردد عن بعض إخواننا المسلمين
الذين انساقوا مع دعاوي بعض الغربيين.

د - عندما شرعت في البحث في الموضوع وجدت صعوبات كثيرة، لأن الموضوع لم يسبق أن درس بشكل نظرية هامة، وكل الكتابات الموجودة حول الموضوع، إنما هي عبارة عن كلمات مبعثرة وفتاوي وأحكام في وقائع متفرقة في كتب النوازل، وبعض الإشارات في أسطر قليلة إلى المبادئ العامة كالإشارات المذكورة في حواشي لامية الزقاق في الفصل المخصص لما جرى به العمل في فاس، والإشارات المذكورة في كتب شرح العمل الفاسي عند قول المتن في باب القضاء.

وما به العمل دون المشهور مقدم في الأخذ غير مهجور
وكذلك في شرح العمل المطلق في المقدمة.

وأول من علمته كتب فذلكة من ست ورقات تصلح أن تكون أساساً لنظرية عامة لما جرى به العمل هو الشيخ أحمد بن عبد العزيز الهلالي في شرح خطبة المختصر.

وهكذا فقد وجدت بعض المبادئ والأفكار متفرقة في غضون الأبواب والفصول والأجزاء، ووجدت بعض المبادئ ما زالت مواد خام خلال الوقائع والجزئيات، لم يستقرئها أحد ويتتبع قواعدها وكلياتها وتعليقاتها، ويربطها في نظرية عامة تنتظمها، لهذا فقد جمعت تلك الأفكار والمبادئ، وحاولت تتبع المسائل والوقائع والجزئيات المتفرقة في عشرات الأبواب والمواضع، بغية تأصيلها في كيان فقهي وأصولي مستقل، وعرضها بشكل نظرية تتناول الأحكام العامة والقواعد الكلية لما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي.

هـ - وقد اعتمدت في إنجاز بحثي على مجموعة من المصادر والمراجع والأبحاث.

المصادر الرئيسية : وهي التي تجمع فقه العمل، وتصنف إلى عدة فئات:

أ - الكتب التي تعرف بكتب العمليات : ويدخل في هذا شروح العمل الفاسي، وشرح العمل المطلق، وتبصرة ابن فرحون، وشروح وحواشي لامية الزقاق، وأهمها بالنسبة لموضوعنا شرح الشيخ ميارة، لأنه حسب ما وصل إلينا هو أول من أشار بإيجاز إلى بعض الأسس العامة لنظرية الأخذ بما جرى به العمل، وكذلك ختم كتابه ببحث معمق حول بيع الصفقة.

ب - كتب النوازل : وأهمها التي استفتت منها كثيرا ورجعت إليها عدة مرات، معيار الونشريسي، ومعيار الوزاني واستفتت منهما أمرين :
أولاً : الإشارات المختصرة لنظرية الأخذ بما جرى به العمل.
ثانياً : استنتجت من الفتاوي والوقائع المذكورة فيهما والمخرجة على مقتضى أصول نظرية العمل، مبادئ كلية وقواعد مشتركة عامة، أضفتها إلى تلك الإشارات المختصرة.

وأنوه بنوازل الشريف العلمي، لأنها كثيرا ما تذكر فتاوي على مقتضى نظرية العمل، وتعلل الفتاوي والأجوبة بذكر أسس العمل وموجباته.
واستفتت من كتب النوازل الأخرى كأجوبة عبد القادر الفاسي ونتائج الأحكام في النوازل والأحكام للرهبوني التطواني ونوازل المسنوي وغيرها.

ج - أبحاث لها صلة عامة بموضوع نظرية الأخذ بما جرى به العمل وأذكر ضمن هذا كتاب رفع العتاب والملام عن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام للشيخ محمد بن القاسم القادري. وفصلا بعنوان «فقه العمليات وتاريخ نشأته وانتشاره» «للشيخ الحجوي في كتابه الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي، وفذلكة للشيخ احمد بن عبد العزيز الهلالي في كتابه شرح خطبة المختصر ونظم مانشره الهلالي للشيخ النابغة الشنقيطي.

د - رسائل وأبحاث متخصصة ببعض مسائل العمل، وأذكر من جملة ذلك رسالة تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة للشيخ

ميارة، ومسائل فروع بيع الصفقة للشيخ المهدي الوزاني ورسالة في شهادة
اللفيف للشيخ محمد العربي الفاسي، ورسالة رفع الالتباس في شركة
الخماس للشيخ ابن رحال المعداني.

المصادر العامة :

ولما كان موضوع نظرية الأخذ بما جرى به العمل يدخل في عموم الفقه
الإسلامي وأصوله، كان لابد لنا أن نرجع للمصادر العامة في الفقه
والأصول. أما الفقه فقد اعتمدت بالخصوص على كتب المذهب المالكي وأهم
ما اعتمدت عليه هو شروح وحواشي مختصر خليل، وكذا شروح وحواشي
التحفة، وبعض شروح مختصر ابن الحاجب الفرعي. أما كتب الأصول فإنني
لم أقتصر فيها على كتب المالكية، بل رجعت واستفدت من أصول الحنفية
والشافعية والحنبلية، على أنني كنت أركز دائماً على ما يتعلق بالمذهب المالكي.
وكان اهتمامي يكثر بكتب الأصول المتخصصة في بعض الجوانب التي تعتبر
من أسس وموجهات نظرية العمل كالكتب التي تبحث في المصلحة أو العرف
أو سد الذريعة أو مراعاة الضرورة والحاجة.

وقد رجعت إلى كتب التفسير ولا سيما تفاسير الأحكام. وكذلك رجعت في
الحديث إلى أهم شروحه، وإلى الكتب التي تبين درجة الحديث لمعرفة نوع
الحديث هل هو صالح للاستدلال به في الأحكام أم لا.

وبما أن نظرية الأخذ بما جرى به العمل، لها ارتباط قوي بواقع المجتمع
وبما أن واقع المجتمع المغربي، بل وواقع المجتمعات العربية والإسلامية،
أصبح منذ فترة الاستعمار ميداناً لتطبيق القوانين الغربية، ولا سيما
القوانين الفرنسية، كان لابد لنا أن نرجع إلى كتب القانون ومجالاته
ونشراته، ونعتمد ذلك كمراجع في البحوث المتعلقة بربط النظرية بالواقع،
وكشف أوجه الوفاق وأوجه الخلاف، بين النظرية الإسلامية، وما يشبهها
في النظم الغربية.

و - خطة البحث :

لقد اقتضت طبيعة البحث تقسيم الرسالة إلى قسمين :
القسم الأول : نشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل وتطورها.
القسم الثاني : ضوابط نظرية الأخذ بما جرى به العمل.
وكل من القسمين رتبته على أبواب وفصول، وإن اقتضى الحال قسمت
الفصول إلى فروع والفروع إلى مطالب.

فالقسم الأول رتبته على ثلاثة أبواب هي :
الباب الأول : تعدد الروايات والأقوال في المذهب المالكي وطرق
الترجيح بينها.

الباب الثاني : عمل أهل المدينة والأسس التي بني عليها.
الباب الثالث : عمل الأقاليم وخصوصا عمل الأندلس والمغرب.

أما القسم الثاني فقد قسمته إلى خمسة أبواب هي :
الباب الأول : ثبوت جريان العمل.
الباب الثاني : اندراج العمل تحت الأصول الشرعية وطرق الاندراج.
الباب الثالث : ارتباط العمل بالظروف الزمانية والمكانية والعوامل
الاجتماعية والحضارية.

الباب الرابع : الأسس والموجبات التي تبنى عليها أحكام العمل.
الباب الخامس : صدور أحكام العمل من الفقهاء المؤهلين.
ز - إن هذا العمل الذي أقدمه اليوم قد أخذ مني وقتا وجهدا فقد لاقيت
من أجله نصبا، وكابدت في سبيله تعباً، قطعت المسافات الطويلة، بين خزائن
الكتب والمخطوطات المغربية شمالا وجنوبا وغربا وشرقا، واصلت سواد
الليل ببياض النهار، مراجعا في الأسفار ومنقبا في بطون الكتب، مع إمعان

النظر وإعمال الفكر. ورغم هذه المجهودات التي بذلتها، فلا أظن أن عملي هذا براء من كل عيب ونقص، وذلك لقصر الباع وقلة البضاعة، لهذا فإنني أعتذر عما يبدو فيه من قصور يقول العماد الأصفهاني :

(إنني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده : لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر).

وفي الختام أرى لزاما علي أن أتقدم بوفير الشكر إلى كل من أسدى إلي عوناً في تحضير هذه الرسالة، وفي مقدمتهم أستاذي الجليل الذي أسبغ علي من علمه وفضله، وصادق عونه وسديد توجيهه، ما يسر لي العمل في إعداد هذه الرسالة، فضيلة الأستاذ العلامة سيدي حماد العراقي، عضو اللجنة الملكية لتدوين الفقه الإسلامي، وأستاذ بكلية الحقوق سابقاً، ورئيس الغرفة الأولى بالمجلس الأعلى، ومحام بهيئة الرباط. فكم أثرتني على راحته في أوقات كثيرة كان في أمس الحاجة إليها، ليجود علي بملاحظاته القيمة وآرائه النفيسة وتوجيهاته الدقيقة، حتى يظهر هذا البحث في أحسن صورة ممكنة. فله مني اسمى آيات العرفان بالجميل، ومن الله المثوبة والجزاء.

وإنني أسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه، وأن ينفع به، كما أسأله تعالى أن يوفقنا للزود عن شريعته ودينه، وأن يختم حياتنا بالصالحات، أنه ولي التوفيق.

عبد السلام العسري

القسم الأول

نشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل وتطورها

القسم الأول

نشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل وتطورها

تمهيد :

1 - من الأسباب التي دعت إلى نشوء نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المذهب المالكي هو رفع الخلاف الناتج عن تعدد الروايات والأقوال في هذا المذهب، وقد اقتدى الفقهاء بالإمام مالك إذ يسبق له أن تعددت الأدلة لديه وتعارضت فيما بينها وقد التجأ في الترجيح بينها إلى عمل أهل المدينة فقرر قاعدة على صعيد الاجتهاد المطلق وهي أن الدليل الذي يصحبه عمل أهل المدينة يكون أرجح من غيره ويتجلى لنا من هذا التمهيد.

أبواب هذا القسم :

فالباب الأول : نخصه لتعدد الروايات والأقوال في المذهب المالكي وطرق الترجيح بينها.

والباب الثاني : لعمل أهل المدينة والأسس التي بني عليها.

والباب الثالث : لعمل الأقاليم وخصوصا عمل الأندلس والمغرب.

الباب الأول

**تعدد الروايات والأقوال في المذهب المالكي
وطرق الترجيح بينها**

الباب الأول

تعدد الروايات والأقوال في المذهب المالكي وطرق الترجيح بينها

تقتضي منا دراسة هذا الباب تقسيمه إلى الفصول التالية :

الفصل الأول : أسباب تعدد الأقوال والروايات.

الفصل الثاني : تعريف الأقوال والروايات.

الفصل الثالث : صور التعارض بين الأقوال والروايات.

الفصل الرابع : طرق الترجيح بين الأقوال والروايات.

الفصل الأول : أسباب تعدد الأقوال والروايات نذكر في الفرع الأول أسباب تعدد الأقوال وفي فرع ثاني أسباب تعدد الروايات.

الفصل الأول

أسباب تعدد الأقوال

2 - إن تعدد الأقوال أمر لابد منه في كل مذهب حي متجدد، يراعي مصالح الناس وأعرافهم المختلفة، ولأن الحق قد يدفع الإمام لتغيير رأيه في المسألة الواحدة لدليل جديد لم يكن على علم به، ثم علمه، أو لأنه رأى من الاختبار والتجربة لأحوال الناس ما يثبت خطأه في رأيه الأول، أو لأنه تنبه إلى أمر في الدليل الذي بنى عليه كلامه الأول، فعدل عنه.

ونبحث أسباب تعدد الأقوال في مطلبين :

المطلب الأول : أسباب تعدد الأقوال نتيجة اجتهاد الأصحاب.

المطلب الثاني : أسباب تعدد الأقوال نتيجة شرح المدونة.

المطلب الأول : أسباب تعدد الأقوال نتيجة اجتهاد الأصحاب.

3 - لما جاء عصر التلاميذ اختلفوا في استنباطهم اختلافا كثيرا وأضيفت أقوالهم التي لم يعرف لملك رأي فيها إلى المذهب. بل أضيفت بعض الأقوال التي خالفوا بها شيخهم فيما علم له فيه رأي إلى المذهب؛ لأنها مبنية على أصوله، ومناهجه.

وإن اختلفت في بعض النتائج عما وصل إليه، ولأنهم مهما يكن مقدار اجتهاداتهم فهم قد استمسكوا بنسبتهم إلى شيخهم ومذهبه، فعدت أقوالهم من جملة المذهب المالكي.

4 - ولما جاء عصر المخرجين كان لابد أن تختلف نتائجهم في تخريجهم في المذهب، فكان لابد أن يختلفوا في اقيستهم على المسائل المنصوص عليها، وأن يختلفوا في إدراك وجوه المصالح التي أفتوا على أساسها، وإن تختلف المصالح باختلاف الأشخاص والجماعات والبيئات والأعراف وخصوصاً أنهم كانوا في أقاليم مختلفة فمنهم مدنيون، ومنهم مصريون ومنهم مغاربة، ولكل بيئة وعرف.

فكان هذا الاختلاف مع اتحاد الأصول سبباً في كثرة الأقوال.

المطلب الثاني : أسباب تعدد الأقوال نتيجة شرح المدونة.

5 - نلخص أسباب اختلاف شراح المدونة وبالتالي أسباب تعدد الأقوال فيما يلي:

أ - يحصل اختلاف شراح المدونة عند شرح مسألة من مسائلها في فهم المراد من لفظ المدونة في تلك المسألة سواء أكان ذلك الاختلاف بين الشارحين كابن يونس وأبي الحسن أو المختصرين كفضل بن سلمة والشيخ خليل أو المحشين كعياض وأبي إبراهيم.

ب - وقد يكون سبب اختلاف الشراح والمحشين والمختصرين في تأويل لفظ المدونة راجعاً إلى تعدد الأقوال في الخارج فتكون تأويلاتهم متقابلة مع ما في الخارج كل قول يطابقه تأويل.

ج - وقد يكون سبب اختلافهم هو نظرهم في الأدلة الشرعية فيقتضي نظر أحدهم فيها خلاف مقتضى نظر الآخر فيحمل كل منهم نص المدونة على ما اقتضاه نظرهم، فتكون تأويلاتهم أقوالاً حقيقية لكن هذا لا يترد ويحتاج إلى ما يدل عليه.

6 - والملاحظ أن الشيخ خليل (1) في مختصره عبر عن اختلاف شراح المدونة في الفهم بالتأويلين والتأويلات ولم يعبر بالقولين والأقوال، وذلك لاختلاف الفقهاء المالكيين هل تعد تلك الاختلافات الواقعة في فهم المسألة أقوالاً أم لا؟ ونعرض فيما يلي رأي كل فريق :

أ - رأي ابن عبد السلام ومن تبعه :

يذهب ابن عبد السلام الهواري التونسي (2) ومن تبعه إلى أن اختلاف الشراح في معنى المسألة لا يعد أقوالاً فيها، لأن الشراح إنما يبحثون عن تصوير اللفظ، والقول الذي ينبغي أن يعد خلافاً في المذهب إنما مآله إلى التصديق، ألا ترى أن الشراح للفظ الإمام إنما يحتج على صحة مراده بقول ذلك الإمام وبقرائن كلامه من عود ضمير وما أشبهه، وغير الشارح من أصحاب الأقوال إنما يحتج لقوله بالكتاب والسنة أو بغير ذلك من أصول صاحب الشريعة، فلا ينبغي أن تعتبر تلك التفسيرات المتعلقة بالمسألة كأنها أقوال متضمنة لأحكام مختلفة، وإنما ينبغي أن يعد الكلام الذي شرحوه قولاً، ثم الخلاف إنما هو في تصوير معناه، وعلق الهلالي (3) على رأي ابن

(1) خليل بن إسحاق : هو ضياء الدين أبو المودة الجندي، أخذ عن ابن الحاج صاحب المدخل والمنوفي، وعنه بهرام والأقفهسي والبساطي وغيرهم، له شرح على مختصر ابن الحاجب سماه التوضيح، ثم ألف مختصره المعروف الذي زاد فيه على ما لابن الحاجب من مسائل، فشغل الناس به عن مختصر ابن الحاجب، واستمر في تأليف المختصر خمسا وعشرين سنة ومع ذلك فإنه مات ولم يستخرج من مسودته إلا الثلث، والذي أدخل مختصره إلى المغرب هو محمد بن الفتوح التلمساني المكناسي، توفي سنة 767 - شجرة النور الزكية لمخلوف ص 223.

(2) ابن عبد السلام : هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام بن يوسف الهواري قاضي الجماعة بتونس اعتمد ترجيحه خليل وهو معاصره أخذ عنه ابن عرفة وأقرانه، وله شرح على مختصر ابن الحاجب الفرعي، تولى التدريس والفتوى والقضاء توفي سنة 649 - راجع شجرة النور الزكية لمخلوف ص 210.

(3) الهلالي : هو أبو العباس أحمد بن عبد العزيز الهلالي السجلماسي درس على أعلام سجلماسة وفاس ومن تأليفه : نور البصر في شرح خطبة المختصر أبان فيه عن رسوخ قدمه في مقام الاجتهاد، وشرح المنظومة القادرية في المنطق، رحل إلى المشرق مرتين وألف رحلة في ذلك توفي عام 1175 - راجع النبوغ المغربي لكنون.

عبد السلام هذا : بأنه تحقيق جدير بالقبول لأن مراد الشارح تصوير معنى اللفظ وبيان مراد صاحبه به، سواء أكان في نفسه صحيحا أو فاسدا، ومراد صاحب القول بيان حكم المسألة فالأول يؤول إلى التصوير والثاني إلى التصديق، وشتان ما بينهما، فشارح كلام مؤلف ما، قائل بلسان حاله هذا مراد المؤلف، وربما قاله بلسان مقاله، وصاحب القول قائل بلسان مقاله هذا حكم الله في المسألة، وبينهما بون بعيد، فالأول لا يشترط فيه أن يكون مجتهدا في المذهب فضلا عن الاجتهاد المطلق، وإنما يشترط فيه أن يكون معه من العلم ما يتصور به معنى الكلام الذي يريد شرحه والقدرة على تصويره للغير، والثاني يشترط فيه الاجتهاد المذهبي أو المطلق، إذ لا يتمكن من إنشاء القول بدونه، ولذلك تجد الشارح يشرح الكلام لبيان مدلوله، ثم يبين بطلانه أو ضعفه كما يفعله من شرح من أهل السنة كلام صاحب الكشف، فإنهم يشرحونه بمعتقد أهل الاعتزال، ثم يكرون عليه بالإبطال، فاختلف الشراح إنما هو في مراد صاحب المشروح، واختلاف المجتهدين إنما هو في مقتضى الدليل الشرعي.(4)

وإلى هذا الرأي ذهب ابن عاصم في أرجوزته مرتقى الأصول حيث قال :

وكل ما فهمه ذو الفهم

ليس بنص لعروض الوهم

فالخلف بين شراحي المدونة

ليس بقول عند من قد دونه

لأنه يرجع للتصور

فعده قولاً من التهور(5)

(4) شرح خطبة المختصر للهلال

(5) نسب تلك الأبيات لمرتقى الأصول أحمد السباعي الرجراجي في كتابه منار السالك إلى مذهب مالك

ص 62 وقد ضمنها محمد النابغة في منظومته التي عقدها لما نشره الهلالي ص 20 - المطبعة

المولوية بفاس 1327.

ب - رأي ابن الحاجب (6) وكثير من المتأخرين :

يرى هؤلاء أن اختلاف شراح المدونة يعد أقوالا فيها، لأن الاختلاف في التصوير آثِل إلى الاختلاف في التصديق، فكل واحد يقول هذا معنى هذه المسألة ولا معنى لها غيره، فال قولُه إلى التصديق ولو لم تكن هذه التأويلات أقوالا يجوز العمل بها لم تكن لها فائدة وتكون باطلة، وتصير المسألة المشروحة ملغاة إذا لم يترجح تأويل أحدهما على الآخر بمرجح. (7) ويزيد الشيخ عlish هذا الرأي إيضاحا فيقول : (إن مفهومات الشراح منها - أي من المسألة المشروحة - يعد أقوالا في المذهب يعمل ويفتى ويقضى بأياها إن استوت وإلا فبالراجح أو الأرجح، وسواء وافقت أقوالا سابقة عليها منصوصة لأهل المذهب أم لا، وهذا هو الغالب، فإن قيل : المدونة ليست قرآنا ولا أحاديث صحيحة فكيف تستنبط الأحكام منها، قيل : إنها كلام أئمة مجتهدين عالين بقواعد الشريعة والعربية مبينين للأحكام الشرعية فمدلول كلامهم حجة على من قلدهم منطوقا كان أو مفهوما صريحا كان أو إشارة فكلامهم بالنسبة له كالقرآن والحديث الصحيح بالنسبة لجميع المومنين. (8)

(6) ابن الحاجب : هو أبو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس المعروف بابن الحاجب المصري ثم الدمشقي ثم الأسكندري، كان والده حاجب الأمير عز الدين موسك الصلاحي وكان كرديا، أخذ عن أبي الحسن الأبياري وأبي الحسن بن جبير، وأخذ عنه الشهاب القرافي وابن المنير، والزواوي وهو أول من أدخل المختصر الفرعي لبجاية ومنها انتشر بالمغرب له تصانيف في اللغة والفقه والأصول واشتهر عند المالكية بالمختصر الفرعي - راجع الدياج لابن فرحون ص 189.

(7) منار السالك إلى مذهب الإمام مالك ص 62.

(8) شرح منح الجليل على مختصر خليل

ويجدر التنبيه هنا أن الشيخ عlish رحمه الله لا يقصد بكلامه أن كلام الأئمة له قادمة القرآن والحديث الصحيح، وإنما يقصد أن المنهج المتبع في تفسير نصوص القرآن والحديث يتبع أيضا في تفسير أي كلام عربي آخر الذي راعى قواعد اللغة العربية التي راعاها القرآن والحديث، فقواعد العام والخاص والمطلق والمقيد والمبين وغيرها من القواعد إنما هي قواعد لغوية استعملها الأصوليون في الاستنباط من القرآن والحديث لأنهما عربيان يخضعان لقواعد اللغة العربية وعلى هذا أيضا يمكن وقوع مثل هذا الخلاف في تفسير أي نص قانوني وضعي خاضع لقواعد اللغة العربية.

وقد وجه الشيخ أحمد السباعي اختلاف رأي ابن عبد السلام وابن الحاجب بتوجيه يخالف توجيه الشيخ الهلالي السابق الذي يؤيد فيه رأي ابن عبد السلام. يقول السباعي : (ولعل مراد ابن عبد السلام ان اختلاف الشراح لا يعد أقوالا للشرح بل يصير المسألة المشروحة المختلف في فهم معناها ذات قولين أو أقوال للإمام مالك الذي تكلم في المسألة، لأن كل واحد منهم قائل هذا مراده، فيكون اختلاف ابن عبد السلام وابن الحاجب على هذه الجهة لا على مافهمه الهلالي). (9)

9 - والجدير بالذكر أن قضية استخلاص الحكم من ألفاظ المدونة شغل كثيرا من الفقهاء المالكيين ونورد فيما يلي سؤالا في الموضوع وجهه فقهاء غرناطة إلى الشيخ ابن عرفة وجوابه عليه، نقلهما الونشريسي في المعيار، (10) والسؤال هو : (إن الفقهاء حين يسردون الأقوال ينسبونها إلى المدونة وغيرها ويقيمونها استنباطا من لفظ محتمل أو مفهوم، وربما عارضه منطوق في محل آخر، وكثيرا ما يستدلون بمفهوم كلام مالك وابن القاسم وغيرهما، والمفهوم في كلام الشارع فيه من النظر والخلاف ما فيه، فكيف به من كلام ليس بعربي، وأيضا ربما استنبطوا الخلاف من ضبط الحروف، فياسيدي هل ما انتحلوه من ذلك صحيح جار على قوانين الشريعة أم هو على غير ذلك).

(10) وأجاب ابن عرفة: (11) (إن استنباط الأقوال من لفظ محتمل فإن أريد به محتمل على التساوي فهذا لا يصح الاستنباط منه، وهذا لا أظن يفعله مقتدى به، وأن أريد أنه محتمل على التفاوت والاستنباط من الراجح فهذا

(9) منار السالك إلى مذهب الإمام مالك ص 62.

(10) ج 6 ص 255 و 263.

(11) ابن عرفة : هو محمد بن محمد ابن عرفة الوردغي التونسي مولده ووفاته بتونس، من كتبه المختصر الكبير في الفقه والمختصر الشامل في التوحيد ومختصر الفرائض، والمبسوط في الفقه والحدود في التعاريف الفقهية توفي سنة 803 - راجع الأعلام للزركلي

هو الأخذ بالظاهر وعليه أكثر قواعد الشريعة وقول السائل : إنهم يستدلون بمفهوم كلام مالك وابن اقسام، والجواب : إن هذا لا مانع منه لأن مالك وابن القاسم وأمثالهما علماء عارفون باللسان العربي، وبقواعد أصول المذهب التي منها معرفة النص والظاهر والمفهوم وغير ذلك، فكلام مالك وابن القاسم في الأمهات العلمية جار على قواعد اللغة العربية وإذا ثبت هذا فالأخذ بالمفهوم من كلامهما مقبول).

ويؤكد ابن عرفة وجهة نظره هذه في كتابه المختصر حيث ذكر أن العمل بمفاهيم المدونة هو المعهود من طريقة ابن رشد وغيره من الشيوخ وإن كان ابن بشير يذكر في ذلك خلافاً.

11 - ويخالف أبو عبد الله المقرئ ما ذهب إليه ابن عرفة فقد ذكر المقرئ في قواعده (12) إنه : (لا يجوز نسبة التخريج والألزام بطريقة المفهوم أو غيره إلى غير المعصوم عند المحققين لا مكان الغفلة أو الفارق أو الرجوع عن الأصل عند الالتزام أو التقييد بما ينفيه أو إبداء معارض في المسكوت أقوى، أو عدم اعتقاد العكس إلى غير ذلك، فلا يعتمد في التقييد، ولا يعد في الخلاف، وقد قيل إن اللخمي قد اشتهر بذلك حيث قد فرق بين الخلاف المنصوص والخلاف المستنبط، فإذا قال : واختلف فهو الأول أي الخلاف المنصوص، وإذا قال ويختلف فهو الثاني أي الخلاف المستنبط). وقال المقرئ (13) أيضاً في بعض مقياداته : (إياك ومفاهيم المدونة فقد اختلف الناس في القول بمفهوم الكتاب والسنة فما ظنك بكلام الناس، إلا أن يكون من باب المساواة أو الأولى وبالجملة : إياك ومفهوم المخالفة في غير كلام صاحب الشرع، لكن

(12) نقل القاعدة الوشرسي في المعيار

(13) أبو عبد الله المقرئ : هو محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر القرشي التلمساني الشهير بالمقرئ ولد وتعلم بتلمسان وجاء مع أبي عنان إلى فاس، فولي القضاء فيها وتوفي بها ودفن بتلمسان وهو جد المؤرخ صاحب (نفسح الطيب) له مصنفات منها (القواعد) توفي سنة 758 راجع الأعلام للزركلي

يجوز الاستنباط من مفهوم الموافقة من كلام من لا يخفى عنه وجه الخطاب من الأئمة). (14)

12 - ونؤكد هنا ما سبق إن علقنا به على كلام الشيخ عlish من أن مناهج تفسير القرآن والحديث، والاستنباط منهما، يمكن استعمالها في أي كلام عربي ما دام البحث والشرح مركزين على ألفاظ عربية، ويتعلق ببيان مدلول الألفاظ لأجوانب أخرى كالتوثق من النص، إذ أن ألفاظ القرآن أوثق ثبوتاً وأصح نسبة من الألفاظ الأخرى المنقولة، كالحديث والمدونة.

الفرع الثاني : أسباب تعدد الروايات.

13 - ترجع هذه الأسباب إلى أن النقل كان أساسه الرواية أكثر من الكتابة وكان الرواة متعددين، ونلخص أسباب تعدد الروايات فيما يلي :

أ - كان للإمام مالك رحمه الله، أراء مختلفة في بعض المسائل، ولم يعرف السابق منها، حتى يعرف رجوعه عنها.

وفي بعض الأحيان كان بعض الرواة يعلم رجوعه، فيروي القول الثاني بينما الراوي الآخر لم يحضر لسماع القول الثاني فيروي الأول.

ونمثل لهذا بما أورده الباجي في المنتقى في مسألة: من أوصى بعبد، وقيمة العبد أكثر من ثلث المتروك، فقد اختلف جواب مالك في هذه المسألة فقال أولاً: أن يؤخذ الثلث من مجموع المال بما فيه العبد، وروى هذا القول علي بن زياد عن مالك.

ثم رجع مالك عن ذلك وقال: إن الثلث يقتطع من العين الموصى بها خاصة وهي العبد، وروى القولين معا ابن القاسم واشهب وهذا القول الثاني. هو المختار، ولا شك ان عليا بن زياد لم يحضر لسماع القول الثاني. (15)

(14) المرجع السابق ٩٩٩ أي المعيار.

(15) المنتقى شرح الموطأ للباجي

ب - الغلط في السماع كأن يجيب الإمام بحرف النفي اذا، سئل عن
حادثة ويقول: لايجوز، فيشتبه على الراوي فينقل ما سمع.

ج - أن يكون الإمام قال أحد الحكمين على وجه القياس، والآخر على جه
الاستحسان، فيسمع كل واحد من الرواة أحدهما فينقل كما سمع. ونمثل
لهذا بمسألة الاجير او الراعي المشترك اذا هلك الشيء الذي يرعاه في يده،
مقتضى القياس انه لا يضمن، ومقتضى الاستحسان ان يضمن محافظة
على أموال الناس.

فلو فرضنا ان احد الرواة سمع القول الأول والآخر سمع القول الثاني،
فتعدد الرواية نتيجة لذلك.

وقد نظم الحكم بالضمان الزقاق في اللامية بقوله: كذا غرم الرعاة انجلا
وعبد الرحمان القاسي في نظم العمل:

ضمان راع غنم الناس رعي الحقه بالصانع في الغرم تعي
وذهب الى عدم الضمان الونشريسي في رسالة: اضاءة الحلك في الرد على
من أفتى بتضمنين الراعي المشترك.

د - النقل بالمعنى كثيرا ما يؤدي إلى الاختلاف وتعدد المنقول (انظر
الأسباب الراجعة إلى شرح المدونة).

هـ - أن يكون الجواب في المسألة من وجهين : من جهة الحكم، ومن
جهة الاحتياط، فينقل الرواة كل واحد منهم كما سمع، وكثير من المسائل
المختلف، فيها في باب الذرائع ترجع إلى هذا السبب. والجدير بالملاحظة أن
أسباب تعدد الروايات المذكورة - ماعدا الغلط في السماع - فإن الاختلاف
فيها يرجع إلى جهة المنقول عنه، لابتناء الاختلاف فيها على اختلاف القولين
المرويين، ويؤيده ان ناقل الروايتين قد يكون واحدا.

والتفريق بين اختلاف الروايتين واختلاف القولين هو أن اختلاف القولين
يرجع إلى المنقول عنه لا إلى الناقل، فالقولان المختلفان نص عليهما معا
المجتهد أما اختلاف الروايتين فيرجع إلى الناقلين، لا إلى المنقول عنه. (16)

(16) عقود رسم المفتي - مجموعة رسائل ابن عابدين

الفصل الثاني

تعريف الأقوال والروايات

14 - إن الأقوال والروايات التي نشأت داخل المذهب المالكي نتيجة الأسباب المذكورة سابقا، لم تكن في درجة واحدة من حيث القوة بل كان هناك تفاوت بينها بحسب ما يدعم كل قول أو رواية من أدلة، فكان هناك القول المتفق عليه، والراجح والمشهور والمساوي لمقابله والشاذ والضعيف. وهذه الأقوال إذا توفرت في أحدها شروط القول الذي يجري به العمل، انضاف إليه وصف ما جرى به العمل ونعرف هنا في هذا الفصل تلك الأقوال، ونرجي تعريف ما جرى به العمل إلى الباب الثالث من هذا القسم وهو مخصص للتعريف بنظرية عمل الأقاليم.

وعلى هذا تكون فروع هذا الفصل كما يلي :

الفرع الأول : القول المتفق عليه.

الفرع الثاني : القول الراجح.

الفرع الثالث : القول المشهور.

الفرع الرابع : القول المساوي لمقابله.

الفرع الخامس : القول الشاذ.

الفرع السادس : القول الضعيف.

الفرع الأول : القول المتفق عليه.

15 - المراد بالقول المتفق عليه، اتفاق أهل المذهب المالكي الذين يعتد باتفاقهم، وهذا بصرف النظر عن الخلاف خارج المذهب، وقد حذر فقهاؤنا من بعض الاتفاقات والاجتماعات التي يطلقها بعض العلماء، فقد ذكر المقرئ في قواعده : إنه يجب الحذر من اتفاقات ابن رشد(17) وإجماعات ابن عبد البر(18) واحتمالات الباجي(19) واختلاف اللخمي،(20) وقيل كان مذهب مالك مستقيماً حتى أدخل فيه الباجي يحتمل ويحتمل، ثم جاء اللخمي فعد جميع ذلك خلافاً.(21)

(17) ابن رشد : هو أبو الوليد محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي، له كتاب البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، وكتاب المقدمات لأوائل كتب المدونة، وتولى قضاء قرطب، أخذ عنه القاضي عياض، وهو أحد الأربعة المعتمد ترجيحهم في مختصر خليل توفي 520. راجع محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي لأستاذنا العراقي ص 115، 2/3/4.

(18) ابن عبد البر : هو أبو عمر يوسف بن عمر بن عبد البر النمري درس على ابن المكوي وابن الفرزي وغيرهما، وأخذ عنه خلق كثير قال الباجي لم يكن بالأندلس مثله، له كتاب التمهيد عن الموطأ، قال ابن حزم لا أعلم في الكلام على فقه الحديث مثله فكيف أحسن منه، وله كتب أخرى مهمة في الحديث ورجاله، وله كتاب الكافي في الفقه المالكي، توفي سنة 463 - راجع الفكر السامي للبحوي.

(19) الباجي : هو أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، أخذ العلم بالأندلس ثم رحل إلى المشرق فأخذ عن أبي ذرو الخطيب البغدادي وغيرهما. ألف الاستيفاء على الموطأ لم يكمل، وكتاب المنتقى على الموطأ أيضاً وهو مطبوع واختصر المدونة وشرحها بشرح لم يتم، وناظر ابن حزم، وامتنح لما صدر منه القول بأن النبي ﷺ كتب ولكنه اعتذر، توفي 494 - راجع محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي لأستاذنا العراقي - ص 114.

(20) اللخمي : هو أبو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي، قرواني نزل صفاقس أخذ عن ابن محرز وأبي الطيب والسيوري وغيرهم وأخذ عنه المازري، له تعليق على المدونة سماه «التبصرة» وله اختيارات خالف فيها ما عرف من المذهب، وهذا هو اللخمي الذي يشير إليه خليل في مقدمة مختصره. وهناك لخميون آخرون من فقهاء المذهب ذكرهم ابن فرحون في الديباج - راجع محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي لأستاذنا العراقي ص 144 ومحاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي لمحمد بن تاووت ص 84.

(21) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للخطاب وقواعد المقرئ - قبيل باب اليمين - نسخة مخطوطة غير مرقمة الصحفات بدار الحديث الحسنية رقمها العام 4898.

ويوجد في الاصطلاح ما يفيد معنى المتفق عليه كقولهم المذهب كذا ويمكن أن يدخل في المتفق عليه، المختلف فيه اختلافا لفظيا لأن الخلاف عند الفقهاء عدة أنواع : فهناك خلاف لفظي ومعنوي وفي حال وفي شهادة وحقيقي. (22)

الفروع الثاني : القول الراجع.

16 - الراجع في اللغة القوي، قال في المصباح : رجحت الشيء بالتثقيل فضلته وقويته.

(22) رفع العتاب والملام عن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام ص 70 وما بعدها لمحمد بن قاسم القادري.

- منار السالك إلى مذهب الإمام مالك ص 89 وما بعدها لأحمد السباعي الرجراجي. وقد ذكر هذان المؤلفان تعاريف تلك الأنواع من الخلافات :

فالخلاف اللفظي : هو الراجع إلى اللفظ والتسمية مع الاتفاق في المعنى، كالخلاف في الوثر هل هو مستحب أو سنة، مع الاتفاق على أنه ليس بواجب، وأنه مؤكد فوق غيره من المندوبات.

الخلاف المعنوي : يقابل الخلاف اللفظي، ويكون الخلاف فيه راجعا إلى المعنى والحكم كالخلاف في جعل الموافق كالمخالف في حكمه وعدم جعله مثله فيه، وهذا هو الكثير وقوعا عند الفقهاء.

والخلاف في حال : هو الذي يراعي فيه أحد القائلين أمرا يعتقد أنه الواقع في نفس الأمر ويراعي القائل الآخر فيه ضده معتقدا أنه الواقع في نفس الأمر فينبني على ذلك اختلافهما في الحكم، وذلك حيث يكون المحكوم عليه محتملا لوصفين متضادين يقتضي كل منهما حكما يخالف ما يقتضيه الآخر، كالخلاف في طهورية الماء الذي يسقط فيه عود صلب من الطيب فأخرج مكانه وتغير ريح الماء به فمرجعه إلى حال العود هل يمكن عادة انفصال أجزاء منه تخالط الماء فيكون مضافا أو لا يمكن ذلك، وإنما التغيير حصل بالمجاورة فقط فيكون غير مضاف. فلو اتفق على إحدى الحالتين إما على اختلاط الماء بأجزاء من العود أو على عدم اختلاطه وإنما حصل التغيير بالمجاورة لوقع الاتفاق على الحكم تبعا لذلك.

والخلاف في شهادة : هو الذي لا يتوارد فيه القولان على محل واحد كالخلاف عند قول الشيخ خليل في مفوتات البيع الفاسد (وبطول زمان حيوان، وفيها شهر وشهران، واختار أنه خلاف؛ وقال بل في شهادة المختصر ص 177 مطبعة الاستقامة 1938). فالمحمل الذي قال فيه الشهر فوت هو باعتبار حيوان يتغير في تلك المدة كالجداع والخرفان والمحل الذي قال فيه الشهران والثلاثة ليست بفوت؛ هو باعتبار حيوان لا يتغير في تلك المدة كالبقرة.

والخلاف الحقيقي : هو مقابل للخلاف اللفظي، والخلاف في حال والخلاف في شهادة، فإذا لم يرجع الخلاف إلى التسمية ولا إلى الخلاف في المحكوم عليه وتوارد على محل واحد فهو الحقيقي.

وفي الاصطلاح : فيه أقوال، الصواب منها إنه القول الذي يستند إلى دليل قوي وإن كان عدد القائلين به قليلا. ويختصر هذا في قولهم : الراجح ما قوي دليله.

وقيل ما كثر قائله، ونذر إطلاقه على ما يشمل المشهور.

وعند الحطاب في شرح مختصر خليل (23) أن الراجح من أفراد المشهور لكونه جعل أمثلة الراجح من أمثلة المشهور، فيكون المشهور أعم من الراجح وهو مخالف لما عند الهاللي في شرح خطبة المختصر (24) وأكثر فقهاء المذهب، فيكون ما ذهب إليه الأكثر من الفرق بين الراجح والمشهور هو الشائع وما للحطاب نادر.

ويوجد في الاصطلاح ما يفيد معنى الراجح كقولهم : الأصح أو الأصوب أو الظاهر أو المفتى به كذا أو العمل على كذا ونحو ذلك. والخلاف الذي جرى في تعريف الراجح يجري أيضا فيما يدل عليه كالأصح والأصوب ونحو ذلك. (25)

وميزان الترجيح يكون حسب الترتيب التالي :

- أ - القول الراجح ما كان له دليل، بينما الآخر مقول بمجرد الرأي أو الاستحسان أو نحو ذلك فيعتبر القول المدلل راجحا.
- ب - قد يكون القولان أو الأقوال كلها لها دليل، لكن الذي له دليل أقوى، يعتبر راجحا.

(23) $\frac{36}{1}$

(24) $\frac{20}{4}$ ص

(25) رفع العتاب والملام عن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام للقادري ص 5 و 6.

- ج - قد يتساوى القولان في قوة الأدلة وحينئذ يعتبر قول الأعم والأقوى والأورع والأصدق ونحو ذلك من الأوصاف راجحا.
- د - القول الذي يكون أكثر شبها بقواعد الإمام وأصوله يكون راجحا والقول المخرج يكون مرجوحا. (26)

الفرع الثالث : القول المشهور.

- 17 - المشهور في اللغة : الظاهر، قال في القاموس الشهرة بالضم ظهور الشيء في شئعة أي شهرة.
- وفي الاصطلاح : اختلف في تعريفه على أقوال متعددة منها :
- أنه ما كثر قائله، وقيل هو ما قوي دليله، وقيل هو قول ابن القاسم في المدونة :

1 - ما كثر قائله :

- ويؤيد هذا التفسير بالوجوه التالية :
- أولا : إن هذا التفسير هو الموافق للمعنى اللغوي في لفظ المشهور ولا شك أن الحكم الصادر من جماعة أكثر من ثلاثة ظاهر.
- ثانيا : لو لم يفسر المشهور بذلك لكان مرادفا للراجح فلا تتأتى المعارضة بينهما مع أنها ثابتة عند الجمهور من الفقهاء والأصوليين.
- ثالثا : لو كان المشهور هو ما قوي دليله لم يتأت في القول الواحد أن يكون مشهورا وراجحا باعتبارين مختلفين مع أنه ثبت عن العلماء أن أحد القولين يكون مشهورا لكثرة قائله، وراجحا لقوة دليله ولا معنى لانحصار المشهور في قول ابن القاسم في المدونة. (27)

(26) الفتيا ومناهج الإفتاء محمد سليمان عبد الله الأشقر ص 39.

(27) منار السالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد السباعي ص 44.

ورفع العتاب والملام عن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام للقادري ص 4.

2 - ما قوي دليله :

فالمشهور بهذا المعنى يكون مرادفا للراجح، ولا يعتبر صاحب هذا القول كثرة القائلين كما لا يعتبر في تعارض البينتين كثرة شهود احديهما، ويحتمل أن يكون، أطلق الدليل على ما يشمل كثرة القائلين فيكون أعم من الراجح بإطلاق، بحيث يشمل جميع أفراد الراجح وأفرادا أخرى. (28)

3 - المشهور هو قول ابن القاسم في المدونة :

وهذا التفسير للمشهور قاصر، لاقتضائه أنه إذا لم يكن الحكم مذكورا في المدونة وكان مذكورا في غيرها، وقال فيه الإمام مالك وأصحابه قولاً وشذ بعضهم فقال مقابله فلا يسمى الأول مشهوراً، (29) ولا أظن أحدا ينفي عنه اسم المشهور.

وقد وجه بعضهم تفسير المشهور - بأنه قول ابن القاسم في المدونة - بأن قول ابن القاسم فرد من أفراد المشهور، فالمراد بكثرة القائل في تعريفه بما كثر قائله كثرة حقيقية أو حكماً، (30) لأن ابن القاسم وإن كان واحداً في الخارج فهو أكثر من ثلاثة حكماً، لأن المقصود من الكثرة هو تذكير بعضهم لبعض سواء عند تخريج الحكم باجتهادهم أو عند نقلهم الحكم عن إمامهم، فلان رأي أو نقل الجماعة أقرب إلى الصواب من رأي الفرد أو نقله، وكلا الأمرين متوفر في ابن القاسم، وقد حصل له ذلك لأنه لازم مالكا أكثر من عشرين سنة ولم يفارقه حتى توفي وكان لا يغيب عن مجلسه إلا لعذر، وكان يعلم المتقدم المتروك من المتأخر المعمول به. (31) ولأن المدونة أهم كتاب عند المالكية قد رويت عنه، وانضاف إلى ذلك كثرة ورعه، فيغلب بجميع ذلك

(28) شرح خطبة المختصر للهلال

(29) المرجع السابق

(30) منار السالك إلى مذهب الإمام مالك - أحمد السباعي ص 44.

(31) بغية المقاصد و خلاصة المراسد للسنوسي ص 23 - والنوازل الكبرى للوزاني

أن قول ابن القاسم يكون في حكم المشهور وأنه وحده يعادل الكثرة المشترطة في المشهور.

والحقيقة أن تفسير المشهور بأنه قول ابن اقسام في المدونة كان حسب الإطلاق القديم أما إطلاق المتأخرين فهو ما كثر قائله. ومن عوامل الخلاف في تحديد المشهور هو وجود مجموعات (32) من الفقهاء المالكية كمجموعة المدنيين، والعراقيين والمصريين والمغاربة، فالعراقيون كثيرا ما يخالفون المغاربة في تعيين المشهور، ويشهرون بعض الروايات، بل حتى المغاربة والمصريون في الفنون بعضهم بعضا كابن العربي والقاضي سند وغيرهما من الشيوخ، والذي ذهب إليه المتأخرون هو اعتبار تشهير ما شهره المصريون والمغاربة. وتجدر الملاحظة أن ابن الحاجب لم يلتزم تعبيراً موحداً فمرة يصف القول بأنه الأشهر ومرة أخرى يذكر وصف المشهور، وأراد ابن راشد أن يعلل هذا الخلاف في التعبير بأن، ذكر أن الأشهر في اصطلاحه يدل على أن يقول الآخر مشهور لأن صيغة أفعل ظاهرة في التفضيل فيحتمل أن يكون قصد هذه العبارة لرشاقتها وقلة حروفها، وعلل غيره بأن ابن الحاجب قصد بذلك قيام الأشهرية عنده، ورفض ابن فرحون في التبصرة التعليلين معاً؛ لأنه رأى أن ابن الحاجب يطلق الأشهر على ما يقول

(32) فمجموعة المدنيين : يشاربهم إلى ابن كنانة وابن الماجشون ومطرف وابن نافع وابن مسلمة ونظائرهم.

ومجموعة المصريين يشاربهم إلى ابن القاسم وأشهب وابن وهب وأصبغ بن الفرّج وابن عبد الحكم ونظرائهم ومجموعة العراقيين : يشاربهم إلى القاضي إسماعيل والقاضي أبي الحسين ابن القصار وابن الجلاب والقاضي عبد الوهاب والقاضي ابن الفرّج والشيخ أبي بكر الأبهري ونظائرهم.

ومجموعة المغاربة : يشاربهم إلى الشيخ ابن أبي زيد وابن القاسبي وابن اللباد والباجي واللمخي وابن محرز وابن عبد البر وابن رشد وابن العربي، والمغيرة بن عبد الرحمان المخزومي، وموسى ابن شاس المعروف بابن شبلون كما في الخطاب، وابن شبلون بتقديم الباء كما في منار السالك، وابن القرطي المعروف بابن شعبان والقاضي سند، فالخطاب عده من المغاربة، وابن فرحون عده من المصريين كما في التبصرة 64/1 ذكر هذه المجموعات : الخطاب في مواهب الجليل.

غيره فيه أنه مشهور، ويبعد أن يكون غير التعبير لمجرد رشاقة اللفظ وقلة الحروف، وأبعد من هذا أن يكون غير التعبير لبيان قيام الأشهرية عنده؛ لأن ابن الحاجب كما يقول ابن فرحون كان مشهور بالورع التام والتحرز من أن يدخل في مثل هذه العهدة والذي يظهر والله أعلم أن قصده الإفادة بما نقه أئمة المذهب لأنهم أنفسهم لم يلتزموا تعبيراً موحداً، لذلك وجدنا خلافات بين العراقيين والمغاربة بل حتى بين المغاربة، فمراد ابن الحاجب بقوله : الأشهر تعيين المشهور الذي هو مذهب المدونة، وإن القول الثاني شهره بعض الأئمة، وفائدة ذلك أن الحكم والفتوى يكون بالأشهر لا بالقول المقابل له. (33) ويوجد في الاصطلاح ما يفيد معنى المشهور كقولهم الجمهور على كذا ومذهب الأكثر كذا، والمذهب كذا، ويريدون بالمذهب قول أكثر علماء المذهب من قبيل المجاز المرسل لعلاقة الكلية. (34) على أن صيغة المذهب كذا يقصد بها في الغالب القول المتفق عليه كما تقدم.

والجدير بالذكر أن المشهور عند الفقهاء الذين عرفوه بأنه ماكثر قائله، يوافقون في ذلك المحدثين والأصوليين، إذ عرفه المحدثون والأصوليون : بأنه خبر جماعة لم يبلغوا في الكثرة حد التواتر على أنهم قالوا لا بد أن يكون له أكثر من طريقين، ويسمونه أيضاً بالمستفيض من فاض الماء فيضاً، (35) ومنهم من غاير بين المستفيض والمشهور بأن المستفيض يكون في ابتدائه وانتهائه سواء، والمشهور أعم من ذلك، ولا يلزم من شهرته صحته، لأن الشهرة بمعنى تعدد الطرق لا تستلزم الصحة فقد يكون المشهور صحيحاً وحسناً وقد يكون ضعيفاً وموضوعاً، (36) ومثل هنا يقال في المشهور عند الفقهاء لأنه قد يكون له مدرك صحيح وقد يكون له مدرك ضعيف وقد لا يكون له مدرك أصلاً.

(33) تبصرة ابن فرحون 1/ 63 وما بعدها.

(34) منار السالك إلى مذهب الإمام مالك لأحمد السباعي ص 45.

(35) شرح الزياتي على نظم الذكاة للعربي الفاسي >>

(36) مذكرات في علوم الحديث أقيت على طلبة دار الحديث الحسنية لإبراهيم بن الصديق.

الفرع الرابع : القول المساوي لمقابله.

18 - يكون القول المساوي لمقابله عند عدم الترجيح بين القولين، بأن يكونا في مرتبة واحدة من جهة القولين في ذاتهما، ومن جهة قائلتهما؛ لأنه إذا كان أحد القائلين بقول يمتاز عن القائل الآخر بصفة من الصفات كالعلم والورع فإن مثل هذه الصفات موجبة للرجحان وإن كان القولان في ذاتهما متساويين.(37)

الفرع الخامس : القول الشاذ.

19 - الشاذ في اللغة : هو المنفرد عن الجمهور، قال في المختار : شذ عنه انفرد عن الجمهور، وفي القاموس : شذ يشذ بضم الشين ويشد بكسر الشين شذا وشذوذا ندر عن الجمهور.

وفي الاصطلاح : هو الذي لم يكثر قائله أي لم يصدر من جماعة، وفي الغالب يطلق على مقابل المشهور، وقد يطلق على مقابل الراجح.(38)

ونلاحظ أن تعريف الشاذ عند الفقهاء قريب من تعريفه عند المحدثين، فقد قال الشافعي : الشاذ من الحديث أن يروي الثقات حديثا فيشذ عنهم واحد فيخالفهم،(39) ومن ثم كان شرط الشاذ التفرد والمخالفة، فلو تفرد راو ثقة بحديث لم يخالف فيه غيره فحديثه صحيح غير شاذ،(40) فشرط التفرد والمخالفة ملحوظ أيضا في تعريف الشاذ عند الفقهاء فلو تفرد فقيه برواية قول، أو خرج حكما دون أن يخالف في ذلك جماعة من الفقهاء لما سمي قوله شاذًا.

والشاذ له علاقة التضاييف بالمشهور فلا يتعقل أحدهما بدون الآخر.

(37) مواهب الجليل شرح المختصر للحطاب 6/91.

(38) رفع العتاب والملام عن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام للقادري ص 6.

(39 و 40) أصول الحديث محمد عجاج الخطيب ص 347.

الفرع السادس : القول الضعيف.

20 - الضعيف في اللغة قال في المصباح : والضعف بضم الضاد في لغة قريش، وبفتحةا لغة تميم خلاف القوة والصحة.

وفي الاصطلاح : هو ما لم يقود ليله، وهو نوعان :

أ - ضعيف نسبي.

ب - وضعيف المدرك.

فالأول هو الذي عارضه ما هو أقوى منه فيكون ضعيفا بالنسبة لما هو أقوى منه وإن كان له قوة في نفسه.

والثاني أي ضعيف المدرك هو الذي خالف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي، فيكون ضعيفا في نفسه، وقد يطلق الضعيف كالشاذ على كل من مقابل المشهور والراجح.(41)

(41) رفع العتاب والملام عن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام للقادري ص 6 ومنار السالك إلى مذهب الإمام مالك لأحمد السباعي ص 45.

الفصل الثالث

صور التعارض بين الأقوال

بمقابلة الأقوال بعضها ببعض نحصل على :
صور ستة (42) فيها أحد القولين أقوى من مقابله (فرع أول).
وصور ثلاثة (43) فيها القولان متساويان في الترجيح (فرع ثان).
وصورة واحدة فيها القولان متساويان في عدم الترجيح (فرع ثالث).

21 - الفرع الأول : الصور الست التي فيها أحد القولين أقوى من مقابله.

وهذه الصور هي :

الأولى : أن يكون أحد القولين مشهورا ومقابله شاذا، ككراء الأرض بما يخرج منها، فالمشهور المنع والشاذ الجواز.

الثانية : أن يكون أحد القولين راجحا ومقابله ضعيفا كالتفرقة بين الصبيان في المضاجع، فالراجح ندب التفرقة عند العشر سنين والضعيف ندبها عند السبع.

الثالثة : أن يكون أحد القولين راجحا ومقابله مشهورا ضعيف المدرك كتحلية الصبي بالذهب أو بالفضة أو إلباسه الحرير الخالص، فإن الراجح هو التحريم في حق الصبي والمخاطب به وليه، والمشهور جواز تحلية الصبي بالفضة وكراهة تحليته بالذهب وكراهة إلباس الولي الحرير له.

42 و 43) يجوز الوجهان في مطابقة العدد للمعدود، إذا قدم المعدود على العدد، أو كان المعدود محذوفا - حاشية ابن حمدون على شرح المكودي للألفية 2/108.

الرابعة : أن يكون أحد القولين مشهورا وراجحا، والآخر شاذا وضعيفا، كالجلوس على الحرير الخالص للرجال، فإنه حرام على المشهور لكثرة قائله، وحرام على الراجح أيضا لقوة دليل التحريم، وهو نهيه ﷺ الرجال عن لباس الحرير، فإن الجلوس عليه من جملة اللباس بدليل قول أنس بن مالك: إن هذا الحصر قد أسود من طول ما لبس، ومعلوم أن لباس الحصر هو الجلوس عليه، وأما قول ابن الماجشون : أن الجلوس ليس من اللباس في شيء، فمردود بكلام أنس المتقدم، وأما تأويله كلام أنس بأنه كان يجعل حصيره غطاء فبعيد جدا، وهذا على تسليم أن النهي إنما ورد عن اللباس فقط وليس كذلك بل ورد عن الجلوس أيضا، فيكون مقابله وهو الجواز شاذا وضعيفا وهو لابن الماجشون وبعض الشافعية والكوفيين.

الخامسة : أن يكون أحد القولين راجحا ومشهورا والآخر راجحا فقط كالدلك في الغسل، فالمشهور والراجح وجوبه لذاته، والراجح وجوبه لإيصال الماء للبشرة.

السادسة : أن يكون أحد القولين مشهورا وراجحا والآخر مشهورا فقط، كوقت المغرب فالمشهور والراجح الامتداد إلى أن يغيب الشفق، والمشهور فقط هو الذي مشى عليه خليل في قوله : (تقدر بفعلها بعد شروطها) من باب الوقت المختار..

22 - الفرع الثاني : الصور الثلاث التي فيها القولان متساويان في الترجيح.

وهذه الصور هي :

الأولى : أن يكون كل من القولين مشهورا كستر العورة في الصلاة فالقول باشتراطه للذاكر القادر شهره ابن عطاء الله، والقول بعدم الاشتراط شهره ابن العربي.

الثانية : أن يكون كل من القولين راجحا كتأخير الصلاة عن وقتها الاختياري إلى الضروري، فالقول بالحرمة رجحه قوم والقول بالكراهة رجحه آخرون.

الثالثة : أن يكون كل منهما مشهورا وراجحا كوقت صلاة الصبح، فالقول بأن مختارها من طلوع الفجر إلى الأسفار أي الضوء، وضروريها من الأسفار إلى طلوع الشمس، شهره ورجحه قوم والقول بأن مختارها يمتد من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس شهره ورجحه آخرون، فعلى هذا القول لا ضروري لها.

الفرع الثالث : الصورة الوحيدة التي فيها القولان متساويان في عدم الترجيح.

23 - ففي هذه الصورة يكون كل من القولين لاترجيح فيه ولا تشهير ومثالها : التطهير بالماء المجهول في الفم الذي أشار له خليل بقوله: (وفي التطهير بماء جعل في الفم قولان) من باب يرفع الحدث... والجدير بالذكر هنا أن الشيخ خليل في مختصره يقتصر على القول المفتى به عندما يكون هناك قول أقوى من غيره، وأشار لهذا بقوله : (مبيناً لما به الفتوى) في خطبة مختصره.

فإذا كان هناك التساوي في الترجيح أو التشهير يعبر عن ذلك بقوله : (وحيث قلت خلاف فذلك للاختلاف في التشهير) ومراده باختلاف التشهير، الاختلاف في التقوية، والتعبير عن الاختلاف في التقوية قد يكون بلفظ التشهير أو بما يدل عليه كقولهم : المذهب كذا أو الظاهر أو الراجح أو المفتى به كذا... كما تقدم وإذا كان هناك التساوي بين القولين في عدم الترجيح فإن الشيخ خليل يعبر عن ذلك بقوله : (وحيث ذكرت قولين أو أقوالاً فذلك لعدم اطلاعي في الفرع على أرجحية منصوصة). (44)

(44) من مراجع هذا الفصل : رفع العتاب والملام عن قال العمل بالضعيف اختياراً حرم للقادري ص 50 وما بعدها.

شرح مواهب الجليل على مختصر خليل للخطاب 1/36.

الفصل الرابع

طرق الترجيح بين الأقوال (*)

إذا تعارضت الأقوال المذكورة سابقا فنتبع طرق الترجيح التي سنها الفقهاء والأصوليون.

فما هي طرق الترجيح عند تعارض المشهور والراجح مع الشاذ والضعيف (فرع أول) وما هي طرق الترجيح عند تعارض الراجح مع المشهور (فرع ثان).

وما هي طرق الترجيح عند حصول التساوي بين القولين (فرع ثالث).
ثم بعد ذلك هل جريان العمل بالقول يعتبر موجبا للترجيح أو لا (فرع رابع)

الفرع الأول : طرق الترجيح عند تعارض المشهور والراجح مع الشاذ والضعيف.

24 - إن القاعدة العامة التي قال بها أكثر الفقهاء هي وجوب تقديم القول المشهور أو الراجح على مقابلهما من الشاذ والضعيف في الأحوال العادية (مطلب أول) أما إذا كانت هناك أحوال استثنائية فيجوزون العمل بالضعيف والشاذ (مطلب ثان) وإلى جانب هذا هناك من يقول بجواز الاختيار بين مختلف الأقوال سواء كانت مشهورة وراجحة أو شاذة وضعيفة لأن الخلاف رحمة (مطلب ثالث).

(*) هذه الطرق يعمل بها إذا لم يمكن الجمع بين المتعارضين، ولم يعرف المتقدم من المتأخر بالنسبة للأقوال المنقولة، إذ المتأخر هو المعمول به لأن المتقدم يعتبر مرجوعا عنه.

المطلب الأول : تقديم الراجح والمشهور على مقابلهما وذلك كقاعدة عامة.

25 - أشهر من نسب إليه القول بتقديم المشهور على الشاذ في الأحوال العادية الإمام المازري(45) وقد تناقلت كتب الفقه والأصول قوله في هذا الموضوع إذ ورد عنه أنه قال : (لا أفتي بغير المشهور ولا أحمل الناس على غيره لأن الورع قل، بل كاد يعدم، والتحفظ على الديانات كذلك، وقد كثرت الشهوات، وكثر من يدعي العلم ويتجاسر على الفتوى فيه بغير بصيرة، فلو فتح لهم باب في مخالفة مشهور المذهب لاتسع الخرق على الراقع وهتكوا حجاب هيبة المذهب، وهذا من المفسدات - لأنه يكون تحكيما فلا يسير إلا حيث يكون غرضه وشهوته، ولا يكون داخلا تحت قانون شرعي يضبط به تصرفاته - التي لا خفاء بها...)(46)

وعلق أبو إسحاق الشاطبي على رأي المازري بقوله : (فانظر كيف لم يستجز هذا الإمام - وهو المتفق على إمامته وجلالته - الفتوى بغير مشهور المذهب، ولا بغير ما عرف منه، بناء على قاعدة مصلحة ضرورية إذ قل الورع والديانة من كثير ممن ينتصب لبث العلم والفتوى كما تقدم تمثيله،

(45) المازري : هو أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي، أصله من مازر مدينة بصقلية أخذ عن اللخمي وابن الصائغ شرح صحيح مسلم والبرهان لإمام الحرمين والتلقين لعبد الوهاب، وهو أحد الأربعة الذين اعتمد خليل ترجيحهم وأقوالهم، توفي سنة 536 - راجع محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي لأستاذنا العراقي ص 115 وكذلك دراسة حول الإمام المازري لحسن حسني عبد الوهاب ضمن سلسلة نوابغ المغرب العربي.

(46) ممن نقل هذا القول، الشاطبي في الموافقات 4/146.

- كتاب (حصول المسرة والأنس في بيتان مدارك الفصول الخمس) لم يسم مؤلفه، موضوعه تأييد الإصلاحات القضائية التي قررها السلطان سيدي محمد بن عبد الله العلوي - وهو مخطوط في الخزينة العامة بالرباط - رقمه 330 «ضمن مجموع يقع الخامس في ترتيب المخطوط ص 109.

تبصرة ابن فرحون 1/64 - منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش 4/141 الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية للمريير 1/91.

فلو فتح هذا الباب لانحلت عرى المذهب بل جميع المذاهب لأن ما وجب للشيء وجب لمثاله). (47)

والمازري قرر ذلك كأصل عام ولذلك يجوز الخروج عليه في الاحوال الاستثنائية كما سيأتي، وقد افتي المازري بالشاذ - في مسألة استحقاق الارض من يد الغاضب (48) رغم قوله السابق وذلك لظهور المصلحة التي لم يتعلق له بها غرض نفساني، وخالف المعهود من عاداته من الوقوف مع المشهور، وهذا ليس تناقضا مع قوله السابق، لأنه قرر هناك لزوم المشهور خشية تذرع اهل الفساد للفتوى بالشاذ والضعيف أما حيث يظهر الوجه الذي يمكن من أجله العدول عن المشهور الى الشاذ فلا مانع. (49)

(47) الموافقات 4/146 وما بعدها - حصول المسرة المرجع السابق.

(48) وهذه المسألة : هي أن شخصا يغتصب الأرض من مالكة أو حائزها ويزرعها ولم تقع فيها مفاصلة حتى فات الإبان، المشهور أن الزرع لزاعه وعليه كراء المثل للأرض، والشاذ إن الزرع لصاحب الأرض، وأفتى به المازري وهي رواية الداودي عن مالك، وقد تبع المازري في ذلك مجموعة من الفقهاء لما رأوا كثرة التعدي والغصب، فيتوصل المعتدي إلى مراده إذا لم يرد رب الأرض أن يكرهها له، فيحرثها بلا إذن ثم يماطل بالمفاصلة حتى يخرج الإبان فيحاكمه فيها بالمشهور فيتوصل إلى غرضه من حرثها بالكراء، وقد كان ربها لا يرضى بحرثها بأكثر من كراء المثل فصار مجبورا على قبول الكراء، فإذا كثر هذا التعدي في ناحية من البلاد ترجع الشاذ على المشهور، ولو أدرك مالك كثرة التعدي على الأرض والتحيل على كرائها بكراء المثل بلا رضى ربها لرجع عن المشهور إلى الشاذ، وهذا السبب يوضح لنا الإشكال الوارد عن المازري بفتواه بالشاذ مع ما روي عنه من أنه عاش ثلاثا وثمانين سنة وبلغ رتبة الاجتهاد المذهبي ولم يفت بغير المشهور مع قوله نفسه : لست ممن يحمل الناس على غير المشهور..

وتجدر الإشارة أن القانون العقاري المغربي أخذ بالقول المشهور في المذهب المالكي، فقد ورد في الفصل 13 من التشريع المطبق على العقارات المحفظة أنه : (إذا حرث شخص حقلا لا يملكه وجب تمييز الحالات التالية : إن حرث عن سوء نية - أي بغصب - فلرب الملك الحق في أخذ المحصولات بدون أداء صائر مادم وقت البذور لم يفت بعد فإن فات وقت البذور لم يكن للمالك إلا الحق في الكراء...) (انظر في هذه المسألة : شرح خطبة المختصر للهلال، وبلغه السالك للدردير، وشرح الزرقاني على خليل 6/158).

ومقال في الالتصاق الصناعي في الحقل العقاري في التشريع المقارن لمأمون الكزبري - المنشور في مجلة رابطة القضاة العدد الأول السنة الثانية ص 35 وما بعدها.

(49) حصول المسرة والأنس في بيان مدارك الفصول الخمس المرجع السابق ص 110.

وأكد الفقهاء (50) الذين كتبوا على مختصر خليل عند قوله في باب القضاء: (فحكم بقول مقلده) إن القاضي ملزم بالحكم بقول مقلده بفتح اللام يعني بالمشهور أو الراجح سواء كان قوله أو قول أصحابه لا بالضعيف ولا بقول غيره من المذاهب.

26 - ونفس الرأي ذهب إليه الأصوليون فقد قال ابن السبكي وجلال الدين المحلي: (والعمل بالراجح واجب بالنسبة إلى المرجوح فالعمل به ممتنع سواء كان الرجحان قطعياً أم ظنياً) (51) فقوله العمل بالراجح يشمل ما إذا كان راجحاً بكثرة الأدلة وقوتها وهو المسمى بالراجح عند الفقهاء كما تقدم، ويشمل ما إذا كان راجحاً بقوة قائلة وهو المسمى بالمشهور عند جمهور الفقهاء كما مر أيضاً. (52)

وإذا إستشهدنا على وجوب العمل بالمشهور والراجح، فنستشهد على عدم العمل بالضعيف والشاذ، فقد ذكر عبد الرحمان الفاسي في نظم العمل إن قضاة الوقت لايجوزلهم الحكم بالشاذ، وإذا حكموا به فإن حكمهم ينقض حيث قال:

حكم قضاة الوقت بالشذوذ

ينقض لا يتم بالنفوذ

ومن عوام لاتجزما وفقا

قولا فلا اختيار منهم مطلقا

وذهب الحنفية إلى نفس الرأي حيث قال ابن عابدين في عقود رسم المفتي:

(50) شرح الزرقاني وحاشية بناني عليه 124/7 - شرح الخرشي وحاشية العدوي عليه 140/5.

مواهب الجليل شرح الخطاب على مختصر خليل 91/6 - شرح الدردير وحاشية الدسوقي عليه

103/4 - حاشية الصاوي على بلغة السالك 330/2.

(51) شرح المحلي على جمع الجوامع 361/2.

(52) رفع العتاب واللام عن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام للقادري ص 13.

ولا يجوز بالضعيف العمل ولا به يجاب من جاء يسأل (53)
وذكر أيضا أن القاضي لا يقضي بالضعيف حيث قال:

لكنما القاضي به لا يقضي
وإن قضى فحكمه لا يمضي
لا سيما قضاتنا إذ قيدوا
بـراجع المذهب حين قلـدوا (54)

المطلب الثاني : الأحوال الاستثنائية التي يجوز أو يمضي فيها العمل والحكم بالضعيف والشاذ.

27 - إلى جانب القاعدة العامة هناك إستثناءات يمضي فيها الحكم بالضعيف أو الشاذ إن وقع، فقد ذكر أبو عبد الله السنوسي أن الحكم بغير المشهور والراجح لا ينقض إلا في الأحوال التالية:

- أ - أن يكون الحكم خطأ بيّنا.
- ب - أن يقصد الحاكم إلى الحكم بشيء فيحكم بغيره غلطا.
- ج - أن يكون الحكم الواقع من الحاكم بالشاذ أو الضعيف لم يقع على سبيل تحري الصواب بل على سبيل قصد الهوى والميل للمحكوم له. (55)

فقد حصر أبو عبد الله السنوسي أحوال نقض الحكم بغير المشهور والراجح فيما ذكر، ويستفاد من الحالة الثالثة أن الحكم بالشاذ أو الضعيف يجوز ويمضي إن وقع على سبيل تحري الصواب، لا على سبيل قصد الهوى والميل للمحكوم له، وهذا الرأي مطلق سواء كان القاضي مقلدا أو مجتهدا، على أن بعض الفقهاء اشترطوا في القاضي لكي يمضي حكمه بالشاذ

53 و 54) مجموعة رسائل ابن عابدين 48/1.

55) حاشية بناني على الزرقاني 124/7 - بلغة السالك وحاشية الصاوي عليه 330/2 وما بعدها.

أو الضعيف: أن يكون من أهل الترجيح، وأن يكون لذلك الحكم مدرك ترجح عند ذلك الحاكم.

ويرى المتيطي (56) اقتداءً بفقهاء متقدمين أن القاضي المقلد تتصفح أحكامه فما وجد منها موافقا للسنة أنفذ وما ألفي منها مخالفا لما عليه الناس في بلده إلا أنه وافق حكمه قول قائل من أهل العلم، وإن كان القول لا يعمل به، فإنه ينفذ حكمه في ذلك، وما لم يصادف فيه قول قائل فإن حكمه ينقض ولا ينفذ. (57)

28 - ويبدوا من أقوال الفقهاء أن هناك تمييزا بين حالين قبل وقوع الحكم وبعد وقوعه، فبعد وقوع الحكم يتساهل في إمضائه إذا صدر على سبيل تحري الصواب، ولو وقع بغير المشهور أو الراجح، ويبلغ حد التساهل إلى غاية أن يقع الحكم بأي قول من الأقوال سواء كانت مشهورة أو شاذة مادام ذلك القول المحكوم به منسوباً لفقهاء، وما دام الحكم لم يقع برأي خارج عن الأقوال الفقهية. وهناك استثناء آخر يجوز فيه للإنسان أن يعمل بالضعيف أو الشاذ، فقد ذكر الفقهاء أنه إذا حصلت للإنسان ضرورة في خاصة نفسه يجوز له العمل بالضعيف أو الشاذ ولا يفتي به لغيره، لأنه لا يتحقق الضرورة بالنسبة لغيره كما يتحققها من نفسه، وقالوا إن المانع من جواز تعميم الحكم بالضعيف للضرورة هو سد الذريعة، لا أنه لا يعمل بالضعيف إذا تحققت الضرورة يوما ما. (58) ويوافق الحنفية ماذهب إليه

(56) المتيطي : هو القاضي أبو الحسن علي بن عبد الله بن إبراهيم الأنصاري يعرف بالمتيطي السبتي، ومتيطه قرية من أحواز الجزيرة الخضراء، قرأ بفاس على أبي الحجاج المتيطي وبسبته على القاضي التميمي، ألف كتابا في الوثائق سماه النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، واختصره أعلام منهم ابن هارون. توفي سنة 570 - راجع شجرة النور الزكية لمخلوف ص 163.

(57) شرح العمل الفاسي للسجلماسي 124/2.

(58) حاشية بناني على الزرقاني 124/7.

وبلغة السالك وحاشية الصاوي عليه 331/2.

المالكية من إمضاء العمل بالضعيف أو الشاذ إذا صدر لأجل ضرورة أو كان الحاكم من أهل العلم والترجيح، فقد ذكر ابن عابدين استثناء من منع الحكم بالضعيف حيث قال :

إلا لعامل له ضرورة

أو من له معرفة مشهورة (59)

على أن متأخري الفقهاء المالكية بمصر يقدمون تقليد الراجح أو المشهور من المذاهب الأخرى كالمذهب الشافعي والحنفي والحنبلي على العمل بالشاذ والضعيف من المذهب المالكي عند الضرورة، بينما متأخرو المغاربة يقدمون العمل بالشاذ والضعيف من المذهب المالكي على تقليد قول خارج المذهب، وذلك اقتصاراً على المذهب وتمسكاً به ما أمكن. (60)

المطلب الثالث : جواز الاختيار بين مختلف الأقوال سواء كانت مشهورة وراجحة أو شاذة وضعيفة.

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى جواز الحكم والعمل بأي قول من الأقوال وليس لازماً أن يقدم الراجح والمشهور على المرجوح من الضعيف والشاذ، ويحكي الشاطبي في الموافقات (61) رأي هذا الفريق فيقول : « صار كثير من مقلدة الفقهاء يفتي قريبه أو صديقه بما لا يفتي به غيره من الأقوال اتباعاً لغرض ذلك القريب وذلك الصديق »، يقول الشاطبي : « ولقد وجدنا هذا في الأزمنة السالفة فضلاً عن زماننا كما وجد فيه تتبع الرخص في المذاهب، ولا سيما في المسائل التي لا تتعلق بالمنازعات، وإنما يكون فيما بين الإنسان وبين نفسه في عبادته أو عادته كتخليص السائل من الورطات كالحلف

(59) مجموعة رسائل ابن عابدين 48/1.

(60) منح الجليل على مختصر خليل لعليش 9/1.

وحاشية العدوي على شرح الخرشي للمختصر 104/5.

(61) 135/4 وما بعدها.

باليمين والطلاق ونحو ذلك»، ويذكر قصة محمد بن يحيى بن لبابة الذي انفرد دون مجموع الفقهاء بالإفتاء للناصر أمير الأندلس بجواز معاوضة الحبس مخالفاً بذلك مشهور المذهب، والترخيص للأمير بالأخذ برأي الحنفية، دون وجود موجبات الترخيص، ويحكي عن الباجي أن مجموعة من فقهاء عصره كانت تجيز الأخذ بأي قول من أقوال الخلاف في المذهب دون الاستناد إلى الرجحان أو الشهرة، ويروي الباجي قصة أن شخصاً ممن يثق به، حدثه : أنه «اكترى جزءاً من أرض على الإشاعة، ثم إن رجلاً آخر اكترى باقي الأرض، فأراد المكتري الأول أن يأخذ بالشفعة وغاب عن البلد، فأفتى المكتري الثاني بإحدى الروایتين عن مالك : أن لاشفعة في الإجازات، قال لي : فوردت من سفري فسألت أولئك الفقهاء - وهم أهل حفظ في المسائل وصلاح في الدين - عن مسألتني فقالوا : ما علمنا أنها لك، إذ كانت لك المسألة أخذنا لك برواية أشهب عن مالك بالشفعة فيها فأفتاني جميعهم بالشفعة، فقضي لي بها». (62)

ويروي الباجي عن أحد هؤلاء الفقهاء المشهور بالحفظ والتقدم أنه كان يقول معلناً غير مستتر : إن الذي لصديقي علي إذا وقعت له حكومة أن أفتيه بالرواية التي توافقه، وعلق الباجي على هذا القول قائلاً : ولو أعتقد هذا الفقيه أن مثل هذا لا يجوز له ما استجأؤه، ولو استجازه لم يعلن به ولا أخبر به عن نفسه (63) وأصبح الاعتماد في جواز الفعل على كونه مختلفاً فيه بين أهل العلم لا بمعنى مراعاة الخلاف فإن له نظراً آخر.

ويقول هذا الفريق الذي يجوز الاختيار بين مختلف الأقوال : إن الاختلاف رحمة، وفي بعض الأحيان يشنعون على من لازم القول المشهور أو الموافق للدليل أو الراجح عند أهل النظر، ويقولون لغيرهم :

(62) نقل القصة الشاطبي في الموافقات 4/139.

(63) المرجع السابق 4/140.

لقد حجرتهم واسعا وملتم بالناس إلى الحرج، وما في الدين من حرج وما أشبه ذلك.

30 - وهذا الرأي على إطلاقه غير صحيح، ومخالف لروح الشريعة وتحكم. بالهوى، والشريعة جاءت بإخراج الإنسان عن دائرة هواه، لأنه إذا اختار أحد الأقوال بدون دليل لم يكن أحد الخصمين بالحكم له أولى من الآخر، إذ لا مرجح عنده بالفرض إلا التشهي، فلا يمكن إنفاذ حكم على أحدهما إلا مع الحيف على الآخر، وترك الحرية للحاكم أو المفتي بأن يأخذ بأي قول شاء يؤدي إلى مفاسد لا تنضبط بحصر، ومن هاهنا شرط الفقهاء في الحاكم بلوغ درجة الاجتهاد، وحين فقدان تلك الدرجة شرط أهل قرطبة على الحاكم أن لا يحكم إلا بمذهب ابن القاسم ما وجدته، ثم بما عليه أهل الإقليم فانضبطت الأحكام بذلك وارتفعت المفاسد المتوقعة.

الفرع الثاني : طرق الترجيح عند تعارض الراجح مع المشهور.

31 - نعرض في هذا الفرع أوجه النظر في الخلاف حول تقديم الراجح على المشهور بمعناها الخاص، على أن بعض الباحثين ذكر الخلاف على إطلاقه سواء أكان القاضي أو المفتي مجتهدا أو مقلدا، وبعضهم قصر الخلاف على المتجهد من القضاة والمفتين وأخرج المقلد من الخلاف إذ ألزمه باتباع المشهور، ويرجع الخلاف إلى رأيين :

الرأي الأول : يقول بتقديم المشهور على الراجح : وصرح بهذا العدوى(64) في حاشية الخرشى، والزرقاني عند شرحه لمسألة الدلك في الغسل من مختصر خليل فقد ذكر : أنه مهما فسرنا المشهور بما كثر قائله إلا ولا يعدل عنه ولو ضعف مدركه في ظننا وكان مدرك مقابله قويا،

(64) نقل رأيه هذا عبد الحي بن الصديق في تبين المدارك ص 26 وكذلك المهدي الوزاني في شرح العمل الفاسي 7/1.

وضعف المدرك لا يلزم منه ضعف القول نفسه، لما تقرر من أنه : لا يلزم من بطلان الدليل فضلا عن ضعفه بطلان المدلول.(65) وقد سلم كلامه محشوه(66) بناني والرهوني والتاودي، وممن قال بتقديم المشهور على الراجح الشيخ حجازي العدوي(67) في حاشيته على شرح مجموع الأمير.

32 - ومما يجدر ذكره، أن المشهور يقسم إلى قسمين :

أ - قسم ضعف دليله ظني فقط، وهذا يقدم على الراجح في نظر بعض الفقهاء.

ب - وقسم ضعف دليله يقيني، وهذا لا يقدم على الراجح في نظر هذا البعض، فما ذهب إليه الزرقاني(68) ومن وافقه ضعف دليله ظني فقط لا يقيني، ومما يستدل به على تقديم المشهور على الراجح : هو أن المشهور كثر القائل به لدليل قوي لم نطلع عليه زيادة على الدليل الضعيف الذي أطلعنا عليه، فيكون المشهور في نظر أصحاب هذا الرأي راجحا أيضا إلا أن دليل رجحانه لم نطلع عليه.

الرأي الثاني : يذهب إلى تقديم الراجح على المشهور.

33 - وينسب إلى الجمهور من الفقهاء والأصوليين، وممن صرح بذلك ابن العربي في أحكام القرآن والقراقي في اختصاره لقواعد الشيخ عز الدين بن عبد السلام، واختاره علي الأجهري والهلالي.

واحتمل بعضهم لتقديم الراجح على المشهور بالوجوه التالية :

(65) 101/1 وما بعدها.

(66) شرح العمل الفاسي للمهدي الوزاني 7/1.

(67) المرجع السابق 7/1.

(68) الزرقاني : هو عبد الباقي بن يوسف، له تأليف منها شرحه لمختص خليل الذي نسخ ما قبله من البشروح ولخصها وبالغ في الاختصار وجمع الفروع ولم ينقحه من الأغلاط لذلك اعتنى به المغاربة وتتبعوه، توفي سنة 1099 راجع الفكر السامي للحجوي 4/117.

أ - إن كثرة القائلين لا تفيد شيئاً في بيان حق من باطل، إذ من الجائز أن يكون ما ذهب إليه القليل صواباً وحقاً لقوة دليله وما قال به الكثير خطأ لضعف دليله.

ب - لم يقم برهان من عقل ولا نقل على أن الصواب ما قال به الكثير والخطأ ما قال به القليل، بل السبيل الوحيد الموصل إلى معرفة الصواب من الخطأ عند تعارض الأقوال وتناقضها هو الدليل.

ج - إن العمل بالراجح عمل بما قوي دليله، وما قوي دليله يجب العمل به نصاً، لأن الله تعالى يقول في كتابه الكريم : (قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين)(69) فدل على أن ما لا دليل عليه ليس بصواب وإن كثّر قائله وإنما ما قام البرهان عليه هو الصواب والحق وإن قل قائله، لأن الله سبحانه وتعالى لم يشترط في صدق الدعوى إلا الإتيان بالدليل الذي يؤيدها لا غير.

د - إن تقديم المشهور إذا كان دليله ضعيفاً على الراجح مع قوة دليله تقديم للمرجوح على الراجح وهو ممتنع في بداهة العقل.

هـ - حصول إجماع الصحابة على العمل بالراجح وتقديمه على غيره كما يدل عليه تصرفهم في عدة قضايا، وإجماعهم دليل قطعي يوجب التمسك بالراجح وطرح المرجوح المعارض له، ولو كان مشهوراً.(70)

34 - وإلى جانب الرأيين السابقين، هناك من يتشكك في وجود القول المشهور في المذهب، وإن المشهور الذي ملأ الفقهاء المقلدون كتبهم بتهويل أمره وتعظيم شأنه ووجوب العمل به إنما هو مشهور صوري لاهوائي، وذلك أن كثرة القائلين إنما تعتبر في الجملة إذا كان القائلون مجتهدين، لأن قول كل واحد منهم يكون ناشئاً عن بحث ونظر في الأدلة، فتكون كثرتهم

(69) آية 111 بقرة مدنية.

(70) عبد الحي بن الصديق : تبين المدارك لرجحان سنية تحية المسجد وقت الخطبة في مذهب مالك ص 27.

واتفاقهم على قول واحد في الواقعة، مع اختلاف أنظارهم وتوافر أسباب اختلافهم دالين على أن قطعية دلالة الدليل هي التي جمعت كلمتهم وغلبت عوامل وأسباب اختلافهم، ولا شك أن لهذا فائدة عظيمة في ترجيح الأقوال عند تعارضها، أما كثرة القائلين المقلدين فإنها ترجع إلى قول واحد يقوله الإمام أو أحد العلماء من مذهبه أصحاب التخريج على أصوله، فيتتابع فقهاء المذهب على نقله فيصير مشهوراً، وما هو في الواقع إلا قول واحد تناقله المقلدون في كتبهم بدون نظر ولا بحث عن مصدر ذلك القول ودليله، ومن تتبع الأقوال المشهورة في المذهب وجدها لاتخرج عن هذا. (71)

35 - ومما تجب الإشارة إليه أن قانون مدونة الأحوال الشخصية المغربية نص في نهاية عدد من كتبه على أن (كل مالم يشمل هذا القانون يرجع فيه (72) إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك) لم يبين من يقدم من الأقوال عند تعارضها، وإنما أمر بالرجوع عند عدم وجود النص في القانون إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل، ويستفاد من العطف بأو بعد صيغة الطلب أن العطف بأو هنا للتخيير لا للترتيب، ولو أراد المشرع الترتيب لعطف بحروف الترتيب كالفاء وثم، وعليه فتبقى القضية في إطار آراء الفقهاء.

36 - وبعد عرض هذه الآراء نقرر : أنه يجب تفصيل الكلام، فإذا كان المفتي أو القاضي مجتهداً أو على الأقل له إمام بأصول الفقه وآيات الأحكام وأحاديث الأحكام وله اطلاع على فروع المذهب فهذا لا خلاف فيه أنه يقدم

(71) بذل الماعون في مسألة أماون : عبد الحي بن الصديق ص 30.

(72) فعل (يرجع) يفيد الطلب كقوله تعالى : ﴿يَتَرَبَّصْنَ بَأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ على تقدير لام الأمر، وقيل انه صيغة خبر جاءت للطلب كما أشار لذلك صاحب الجوهر المكنون :

وصيغة الأخبار تأتي للطلب لقال أو حرص وحمل وادب

فصيغه (يرجع إلى...) جاءت لحمل المخاطب على المطلوب - انظر أعراب القرآن للعكبري 95/1 طبعة الحلبي 1961 - شرح الجوهر المكنون للدمنهوري ص 90 طبعة صبيح.

الراجع على المشهور، لأنه يستطيع أن يميز مدارك الأحكام، وفي نظرنا أن هذا المستوى يمكن أن يتوفر في مجموعة من الأساتذة الجامعيين في الشريعة الإسلامية وكذلك في عدد من مستشاري المجلس الأعلى المختصين في الشريعة الإسلامية، وفي عدد من الفقهاء الذين يمارسون الاشتغال بالفقه فأولئك الفقهاء كثيرا ما نجد لهم تعليقات وأبحاثا وفتاوي واجتهادات يظهر منها أنهم قادرون على تمييز الراجع من المرجوح، لذا فإنهم كثيرا ما يدلون باجتهادات تقيد النصوص التشريعية ونصوص المتون والمؤلفات الجاري بها العمل في المغرب، وكذلك بتخصيصها أو تأويلها. أما القضاة والمفتون والمحامون الذين اقتصروا في دراستهم على النصوص التشريعية وبعض شروح المتون أي مرحلة الإجازة (الليسانس) دون أن يبلغوا إلى درجة تحليل وتأصيل تلك النصوص وتلك المتون والشروح، ودون أن يتعمقوا في مصادر الأحكام ومقاصد الشريعة وقواعدها فإن هؤلاء يجب عليهم تقديم المشهور من الأقوال والأحكام وأن يفهموا النص على ظاهره، وسبب تقديم المشهور على الراجع الذي لم يشتهر بالنسبة لهذا الصنف من الفقهاء أن في ذلك ضمانة للعدل أكثر، وصيانة لعلم الشريعة من أن ينحرف به غير المؤهلين، ثم إن كثرة القائلين بالنسبة للمشهور تجعله صحيح السند وأوثق من غيره، بينما الراجع الغير المشهور لا يدرك رجحانه معظم القضاة (73) والمفتين وغيرهم ممن ينتمي إلى الصنف الثاني من الفقهاء.

(73) ولابد من إصلاح نظام الدراسة في كليات الشريعة والحقوق حتى يمكن لهذه الكليات أن تخرج لنا فقهاء يستطيعون إدراك الراجع من المرجوح ويدلوا باجتهادات مستنبطة من مصادر الشريعة ومناسبة لحاجيات العصر، بحيث ينبرون الطريق للمشرع الوضعي لما يريد تقنين فرع من فروع القانون من أحكام الشريعة الغراء.

الفرع الثالث : طرق الترجيح عند حصول التساوي بين الأقوال.

37 - إذا لم يقف القاضي أو المفتي على الراجح أو المشهور من الأقوال

بل تساوت عنده فبماذا يحكم ؟

إن الفقهاء تعرضوا لهذا المشكل بعضهم أعطى حق الاختيار للقاضي وللمفتي يحكم بأي قول شاء، وبعضهم أعطى حق الاختيار للمستفتي فإن المفتي يطرح عليه الأقوال ويقول له اختر لنفسك ما تريد، وبعضهم نادى بالتوقف أو بالتصالح، ونستعرض فيما يلي وجهة نظر كل فريق :

أولا : القائلون بالتوقف والتصالح وعدم الحكم بالتخمين.

38 - يقول هؤلاء : إن القاضي إذا لم يتبين له في الأمر شيء تركه ولا

يحكم به وفي قلبه منه شك، قال سحنون : ولا بأس أن يأمر بالصلح ولا يحكم بالتخمين. (74) ويقول الشاطبي : (إذا وجدت قولين في المذهب فلا أفتي بأحدهما على التخمين مع إني مقلد، بل اتحرى ما هو المشهور والمعمول به فهو الذي أذكره للمستفتي ولا أتعرض للقول الآخر، فإذا أشكل علي المشهور ولم أر لاحد من الشيوخ في أحد القولين ترجيحا لوقف). (75) ويقول ابن عاصم (76) بالتوقف عن تنفيذ الحكم ويقول كذلك بدعوة الخصوم إلى التصالح إذا وقع إشكال وعدم ظهور الحق سواء كان سبب الإشكال عدم وضوح حجج الخصوم أو عدم وضوح النص المحكوم به، وعدم بيان جهة الرجحان فيه قال :

(74) النوازل الكبرى للوزاني 101/9.

(75) النوازل الكبرى عن معيار الوشرسي 101/9.

(76) ابن عاصم صاحب التحفة : هو أبو بكر محمد بن محمد الغرناطي أخذ عن أعلام منهم أبو إسحاق الشاطبي والشريف التلمساني وابن لب، وعنه ولده أبو يحيى، له تأليف منها التحفة المشهورة وأرجوزة في الأصول واختصار الموافقات ومنظومات في النحو والفرائض والقراءات، ولد سنة 760 وتوفي سنة 826 - انظر شجرة النور الزكية لمخلوف ص 247 - والفكر السامي للحجوي 87/4.

وليس بالجائز للقاضي إذا
لم يبد وجه الحكم أن ينفذا
والصلح يستدعي له أن أشكلا
حكم وأن تعين الحق فلا

وذكر التسولي(77) الرأي المقابل لقول ابن عاصم معبرا عنه بلفظ قيل،
إشارة إلى أنه قول غير مشهور قال التسولي : (وقيل إذا تجاذب النازلة
أصلان ولم يترجح أحدهما عنده - أي عند القاضي - ولا عند غيره من
المشاورين تخير في الحكم بأيهما شاء قياسا على تعارض الحديثين دون
تاريخ)(78)

**ثانيا : القائلون بعدم التوقف، وإنما يجب على الحاكم أو المفتي
إصدار الحكم بأحد القولين المتساويين :**

39 - وعلل القرافي(79) هذا الرأي : بأننا نجد على صعيد الاجتهاد
المطلق : (إن العلماء اختلفوا إذا تعارضت الأدلة عند المجتهدين
وتساوت وعجز المجتهد عن الترجيح هل يتساقط الدليلان أو يختار
واحدا منهما يفتي به قولان للعلماء، فعلى القول بأنه يختار أحدهما يفتي
به، له أن يختار أحدهما يحكم به، مع أنه ليس أرجح عنده بطريق
الأولى. لأن الفتوى شرع عام على المكلفين إلى قيام الساعة، والحكم
يختص بالوقائع الجزئية، فتجوز الاختيار في الشرائع العامة أولى

(77) التسولي : هو أبو الحسن علي بن عبد السلام، له شرح البهجة على التحفة، وحاشية على التاودي
على الزقاقية، وشرح الشامل وغيرها، توفي عام 1258 - راجع الفكر السامي للحجوي 4/132.
(78) البهجة شرح التحفة 35/1.

(79) القرافي : هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء ادريس بن عبد الرحمان الصنهاجي
المصري، ومن شيوخه عز الدين بن عبد السلام الشافعي ومن تأليفه الذخيرة في الفقه، والفروق
والتنقيح، وله كتب أخرى، توفي عام 684 راجع الدباج المذهب لابن فرحون ص 62.

أن يجوز في الأمور الجزئية الخاصة، وهذا مقتضى الفقه والقواعد وعلى هذا يتصور الحكم بالراجع وغير الراجع وليس اتباعا للهوى، بل ذلك بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وحصول التساوي(80) إن رأي القرافي هذا يدل على أن الحاكم له إمكانيات الترجيح لأنه بذل جهده وعجز عن الترجيح، والقرافي أتى برأيه هذا في معرض كلامه على القاضي المجتهد والمقلد فكان الأولى به أن يقصره على المجتهد لأنه هو الذي له قدرة الترجيح لاطلاعه على مدارك الأحكام ومراتبها قوة وضعفا، أما القاضي المقلد فدراسته مرتكزة على التفاريع الفقهية ولم يمارس استنباط الأحكام من الأدلة حتى يمكن له أن يرجح، ويرى الشيخ الحسن بن رحال المعداني(81) متابعة رأي القرافي في المسائل التي لاخصام فيها حيث ذكر أنه يحكم بأحد القولين المتساويين في نحو فتوى في طلاق ونحوه. وأما القضايا التي فيها نزاع بين خصوم لا يحل للقاضي أن يحكم فيها بين الخصمين بأحد القولين المتساويين، وإذا حكم بذلك فلا يمضي حكمه، لأنه إذا تخاصم زيد مع عمرو وأراد القاضي أن يحكم لزيد على عمرو بأحد القولين المتساويين، فيقول له عمرو هذا تحكم منك أيها القاضي فبأي وجه رجحت خصمي علي ولك مندوحة في عدم الحكم بيننا بأن تترك الحكم بيننا أو تأمرنا بالصلح أو بالاستفتاء أو بالرفع لقاض آخر فربما يكون عنده علم بترجيح أحد القولين.(82)

(80) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ص 20 مطبعة الأنوار بمصر 1938.

(81) للشيخ المعداني شرح على مختصر خليل من باب النكاح في ستة أسفار وله حاشية على ميارة على التحفة ورسالة رفع الالتباس عن شركة الخماس وغير ذلك، توفي سنة 1140 راجع الفكر السامي للحجوي 4/334.

(82) النوازل الكبرى للوزاني 101/9.

40 - ويفرق الشيخ المساوي (83) بين حالين قبل وقوع الحكم بالمساويين وبعد وقوعه، فقبل وقوع الحكم فإنه يؤيد الشيخ أبا إسحاق الشاطبي في وجوب التوقف على القاضي، لاسيما إن كان له شهوة في ذلك الحكم لأنه أحوط لبراءة الذمة.

أما إذا وقع الحكم بأحد المتساويين، فإن المساوي لا يرى نقض الحكم ويقول : إن عدم نقض الحكم بأحد المتساويين هو الذي يقتضيه كلام غير واحد من الفقهاء، وأنه لا يوافق ولا يتقلد رأي من يقول بوجوب نقض الحكم بأحد المتساويين. (84)

هذا رأي الفقهاء المالكية في هذه المسألة، أما رأي الحنفية والشافعية فإن ابن عابدين يحكي عنهم فيقول : إن الحنفية يرون إذا لم يمكن الترجيح بل حصل التساوي : إن القاضي يتحرى ويعمل بشهادة قلبه فإذا عمل بأحد القولين المتساويين ليس له العمل بالأخر إلا بدليل فوق التحري. أما الشافعية فإنهم يقولون : يعمل القاضي بأي القولين شاء من غير تحر، ولهذا فإن الشافعي صار له في المسألة قولان وأكثر. (85) ونفضل الرأي الأول الذي يدعو إلى التوقف والتصالح لأنه أحسن مخرج من أن يحتج أحد أطراف الخصومة.

الفرع الرابع : الترجيح بجريان العمل.

41 - نذكر بادئ ذي بدء أن القول الذي يجري به العمل إما أن يكون قويا أي راجحا ومشهورا، وإما أن يكون ضعيفا أو شاذا.

(83) المساوي هو أبو عبد الله محمد بن أحمد المساوي البكري الدلائي له فتاوي جمعها الفقيه ابن إبراهيم، وله رسالة نصره القبض، وله تأليف أخرى توفي سنة 1136 - الفكر السامي للحجوي 118/5.

(84) النوازل الكبرى للوزاني 102/9.

(85) شرح رسالة عقود رسم المفتي ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين 23/9.

فإذا جرى العمل بالقول القوي (86) أي بالراجح والمشهور فيكون ذلك هو المطلوب ولكن إذا جرى العمل بالقول الضعيف أو الشاذ هل يكون ذلك مقبولا وهل يكون جريان العمل موجبا لترجيح الضعيف أو الشاذ على مقابله ؟

نستعرض فيما يلي تحليلا لأقوال الفقهاء في اعتبار جريان العمل موجبا لترجيح الضعيف والشاذ على المشهور.

42 - قال الشيخ سيدي عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنجيطي في نظمه مراقي السعود :

وقدم الضعيف إن جرى عمل

به لأجل سبب قد اتصل

وقال الشيخ سيدي عبد الرحمان الفاسي في نظم عمليات فاس :

وما به العمل دون المشهور

مقدم في الأخذ غير مهجور

قال الشراح : إن القول الشاذ الذي جرى عليه عمل القضاة والمفتين واستمر حكمهم به مقدم في الأخذ به على القول المشهور، فيجب على القاضي الحكم به ويمضي حكمه به ولا ينقض وإن كان ما جرى به العمل غير مشهور. (87)

(86) هذا النوع من القول القوي مما يجري به العمل ليس هو المقصود بما جرى به العمل عند الفقهاء، إنما مقصودهم ما كان مختلفا فيه من الأحكام فيجري العمل بالشاذ أو بالضعيف أو بأحد القولين المساويين فينبه على العمل لترجيح به القول المعمول به على غيره (حاشية الوزاني على الزقاقية ص 387).

ولهذا نجد اصطلاح صاحب العمل الفاسي، إنه لا يورد في كتابه إلا ما جرى به العمل من الأقوال الضعيفة، أما ما كان متفقا عليه أو مختلفا فيه وعمل بالمشهور فإنه لم يذكره في كتابه لأنه يستدعي طولا، ولأنه مذكور في كتاب الأمهات كشرح مختصر خليل وشرح تحفة ابن عاصم (النوازل الكبرى للوزاني 9/117).

(87) شرح العمل الفاسي للسجلماسي 9/128.

نتائج الأحكام في النوازل والأحكام للرهنوني التطواني 46/1.

43 - ولا تعارض بين ما قرر هنا من تقديم الضعيف والشاذ على ما قرر سابقا من منع الحكم بالضعيف والشاذ، لأن الضعيف والشاذ هنا تقوى بجريان العمل وترجح به، وأصبح كاستثناء لتلك القاعدة العامة التي تبقى هي الأصل دائما بحيث لو زال سبب جريان العمل لوجب الرجوع إلى ذلك الأصل الذي هو تقديم المشهور على الضعيف والشاذ. (88)

44 - لقد نص كثير من الفقهاء على أن ما جرى به العمل مقدم على المشهور ففي نوازل الأقضية والشهادات من معيار الونشريسي ما يفيد أن العمل مما يترجح به القول المعمول به، وقد قال الشيخ أبو إسحاق الشاطبي (الأولى عندي في كل نازلة يكون لعلماء المذهب فيها قولان فيعمل الناس على موافقة أحدهما وإن كان مرجوحا في النظر أن لا يعرض لهم وأن يجروا على أنهم قلده في الزمان الأول وجرى به العمل فإنهم إن حملوا على غير ذلك كان في ذلك تشويش للعامة وفتح لأبواب الخصام، وربما يخالفني في ذلك غيري وذلك لا يصدني عن القول به ولي فيه إسوة). (89)

وفي نوازل القاضي سيدي عيسى السجستاني : (إن مخالفة ما جرى به العمل لاتجوز) وفي نوازل القاضي المجاصي، (إن خروج القاضي عن عمل بلده ريبة قاذحة، لكن يقتصر من العمل على ماتبت منه ويسلك المشهور فيما سواه) وورد عن سيدي يعيش الشاوي أنه قال : (لامنافاة بين جري العمل وعدم الشهرة، فقد يكون القول غير مشهور ويجري به العمل فيقدم على

(88) إن الضعيف والشاذ إذا ارتبط به سبب جريان العمل أصبح من أفراد الراجح على رأي الهلالي في شرح خطبة المختصر والسباعي الرجراجي في منار السالك إلى مذهب الإمام مالك (شرح الخطبة (منار السالك ص 47) بينما يرى محمد بن عبد القادر الفاسي ومحمد الحجوي : إن جريان العمل ليس مرجحا للضعيف أو الشاذ على المشهور وإنما يعتبر ذلك كتحديد أو تخصيص للمشهور، لا معارض له، بدليل إنه لو زال سبب جريان العمل لعاد الحكم إلى المشهور. (النوازل الكبرى والفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي 4/203).

(89) عن شرح العمل الفاسي للوزاني 2/23 وحاشيته على شرح التاودي للزقاقية ص 385.

المشهور) وقال الشيخ مصطفى الرماصي : (كم من شيء جرى به العمل والمشهور خلافه). (90)

45 - ولما سئل الفقيه أو محمد عبد الله بن ستاري (91) عما يوجد في كتب المتأخرين والموثقين في المسألة ذات الأقوال، الذي جرى به العمل كذا، والذي جرى به القضاء واستمرت عليه الفتيا كذا.

فهل يكون هذا مرجحا لذلك القول حتى يجوز للقاضي العدول عن المشهور إلى هذا القول أم لا ؟

فكان جواب (92) هذا الفقيه : إنه إن كان مراد السائل بجريان العمل عمل أهل الأندلس أو جهة من الجهات فليس يترجح بهذا، معللا ذلك بأنه إذا لم يعتمد على عمل أهل المدينة مطلقا دون تقييد وتفصيل وهي مستقر الوحي ومنزل الرسالة، فكيف يرجح بعمل أهل قرطبة.

(90) عن شرح العمل الفاسي للسجلماسي 129/2 وحاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي للزقاقية ص 386 والنوازل الكبرى له 61/9.

ونتائج الأحكام في النوازل والأحكام للرهوني التطواني 58/1.

(91) ابن ستاري هكذا بالتاء ورد في نيل الابتهاج بتطريز الدباج ص 138 وكذا في معيار الونشريسي 32/10.

أما في تبصرة ابن فرحون فجاء ابن سماري بالميم 58/1 وفي شرح العمل الفاسي للسجلماسي ورد ابن ساري بدون تاء ولا ميم ويبدو أن الصحيح هو ما جاء في نيل الابتهاج والمعيان لأن نيل الابتهاج مخصص للتعريف بأعلام المذهب المالكي وجاء فيه مكررا بتلك الصيغة ومؤيدا بالمعيان أيضا، ولعل ما في التبصرة وشرح العمل الفاسي للسجلماسي إنما هو تحريف.

وهذا الفقيه أندلسي من أهل استجة سكن إشبيلية وانتقل إلى سبتة مع من هاجر إليها من أهل بلده بها توفي عام 347هـ (نيل الابتهاج ص 138).

(92) تبصرة ابن فرحون 58/1. معيار الونشريسي 32/10.

وانتقد السجلماسي (93) في شرح العمل الفاسي (94) هذا الجواب، وكذلك ابن فرحون في التبصرة، (95) وقال ابن فرحون في انتقاده : (كلامه في الجواب عما جرى به العمل غير شاف، وقياسه على عمل أهل المدينة غير مسلم، فإن اختلاف العلماء في عمل أهل المدينة إنما هو بالنسبة إلى الإجماع هل يكون عملهم إجماعاً أولاً ؟ وليس ذلك من هذا الباب الذي نحن فيه) ونضيف أن المعنى الذي من أجله وقع فيه الاعتماد على العمل هو ما يتضمنه العمل من المصلحة ومن استقرار التصرفات والنفوس عليه ومؤالفة الناس إياه، وهذا المعنى ملحوظ أيضاً في عمل أهل المدينة، ومن أجل ذلك كان مالك يرجح به بعض الأدلة، بل ملحوظ أيضاً حتى في الإجماع الذي كثيراً ما يكون مستنده هو قبول الناس ورضاهم وما جرى عليه عرفهم وما يحققه الحكم المجمع عليه من مصلحة.

ثم إن الفقهاء المتقدمين لما قرروا تشهير قول لاحظوا أن ذلك القول في ذلك الزمن هو الذي كان يحقق مصالح العباد، فلما جاء الفقهاء المتأخرون وجدوا أن ذلك المشهور لم يعد في بعض الأزمان وفي بعض الأمنكة يحقق ذلك الغرض، وهذا موافق للقاعدة الفقهية التي تقول : (إن تغير الأحكام عند تغير الأسباب ليس خروجاً عن المشهور بل فيه جري على أصل المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعاً) وأمثال هذه الاعتبارات موجودة كثيراً فيما جرى به العمل.

93 و 94) السجلماسي 131/2 : هو أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم السجلماسي ثم الرباطي صاحب شرح العمل الفاسي الذي أصبح عمدة المفتين والقضاة المطبقين لأحكام الفقه الإسلامي المغربي، وشرح البواقيت الثمينة، كتبه تدل على باعه وواسع اطلاعه توفي سنة 1214 راجع الفكر السامي للحجوي 127/4.

95) ابن فرحون 85/1 : هو برهان الدين إبراهيم بن الشيخ أبي الحسن علي بن فرحون المدني أخذ عن والده وعمه وابن عرفة وعنه ابنه أبو اليمن وغيره. له شرح على مختصر ابن الحاجب الفرعي وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام والديباج المذهب في أعيان المذهب وله مؤلفات أخرى مهمة توفي سنة 799 - راجع شجرة النور الزكية لمخلوف ص 222.

46 - وكمثال على هذا : مسألة توجه اليمين في الدعاوي المشهور أنها لا تتوجه إلا بعد ثبوت الخلطة ليلا يتسلط أهل الفجور على إلقاء أهل المروءة بالدعاوي الباطلة إلى الأيمان لكي يصلحهم بمال عن اليمين لأن كثيرا من الناس يستصعبون اليمين وإن كانوا محقين صونا لأعراضهم أو غير ذلك من أغراضهم سوى مسائل معدودة تتوجه فيها دون ذلك، ولما كثر في الناس إنكار الحقوق وقل فيهم الأمان وعزت المروءة حكم الأندلسيون ومن وافقهم بتوجه اليمين وإن لم تثبت خلطة لأن فساد أحوال الناس تنزل منزلة ثبوت الخلطة لكن توسط بعض المحققين فرأوا أنها لا تتوجه بمجرد الدعوى فيما يستبعد كالدعوى على المعروف بالصالح وعلى المرأة ذات الخدر (96).

47 - إن نصوص الفقهاء المتأخرين من أهل المذهب متواطئة على أن جريان العمل بقول من أقوال المذهب مما يرجح به، ووجهوا ذلك : بأن تقديم ما جرى به العمل على المشهور مع أن كلا منهما راجح من وجه، إن في الخروج عن ما جرى به العمل تطرق التهمة إلى الحاكم فوجب عليه اتباع العمل سدا للذريعة، إلا أنهم قيدوا ذلك بمعرفة الزمان والمكان لأن أكثر ما جرى به العمل مبني على العرف والعادة، والعرف والعادة يختلف باختلاف البلدان، لذلك قرروا أنه، لو قال، عالم : الذي جرى به العمل في هذه المسألة كذا لم يعم ذلك سائر البلدان بل يختص به ذلك الموضع الذي جرى فيه ذلك، ولأجل هذا لانجدهم يقولون فيه : الذي جرى به العمل واستقرت عليه الأحكام كذا، بل يقولون الذي جرى به العمل في هذه المسألة في بلد كذا، وفي عرفهم كذا وكذا وإلى غير ذلك من المسائل التي يذكرون ما جرى به العمل فيها للعرف الذي اقتضته المصلحة في حق العامة، فإن هذا مما يرجح به ذلك القول المعمول به. (97)

(96) شرح خطبة المختصر للشيخ أحمد بن عبد العزيز الهلالي.

(97) معيار الونشريسي 10/35 شرح العمل الفاسي للسجلماسي 2/131.

قال ابن فرحون : (ولا ينبغي أن يختلف في هذا وظاهر النصوص تشهد بذلك). (98)

وهذا أيضا مذهب الشافعية فقد ذكر أبو عمرو بن الصلاح الشافعي في كتاب أحكام المفتى والمستفتي : إن القول القديم إذا قيل فيه أنه جرى به العمل فإن هذا يدل على أن القول القديم هو المفتى به. (99)

(98) التبصرة 1/61.

(99) المرجع السابق نفس الباب.

الباب الثاني

عمل أهل المدينة والأسس التي بني عليها

الباب الثاني

عمل أهل المدينة والأسس التي بني عليها

نقسم دراسة هذا الموضوع إلى الفصول التالية :

الفصل الأول : أهمية الحلول العملية ودلالاتها القطعية.

الفصل الثاني : أقسام عمل أهل المدينة.

الفصل الثالث : حجية عمل أهل المدينة.

الفصل الرابع : الأسس التي بني عليها عمل أهل المدينة.

الفصل الأول

أهمية الحلول العملية ودلالاتها القطعية

48 - إن الألفاظ التي تصاغ بها (التي تصاغ بها) الأحكام التشريعية غالباً ما تكون عامة ومجردة وظنية الدلالة ولا تنضبط معانيها ولا تتحدد إلا بالممارسة العملية، وهذا ما جعل الإمام مالك رحمه الله يعطي أهمية خاصة للحلول العملية التي وجد أهل المدينة يعملون بها ويحلون مشاكلهم على مقتضاها واستند الإمام مالك في الاحتجاج، للفتاوى التي كان يصدرها إلى تلك الحلول العملية التي سميت فيما بعد بعمل أهل المدينة أو إجماعهم، والحلول العملية حتى الصحابة كانوا يلتجئون إليها لتحديد وضبط ظواهر النصوص، فقد كان علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، يناقش الخوارج ويجادلهم بعمل الرسول بينما هم كانوا يتمسكون بظواهر الألفاظ، فكفروا أهل الذنوب ولم يفرقوا بين ذنب وذنب، وكانوا يحتجون بمثل قوله تعالى : ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً، ومن كفر فإن الله غني عن العالمين﴾ (1) فجعلوا تارك الحج كافراً، وترك الحج ذنب فكل مرتكب للذنوب كافراً.

ومثل قوله تعالى : ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾ (2) وكل مرتكب للذنوب فقد حكم لنفسه بغير ما أنزل الله فيكون كافراً، ومثل قوله تعالى : ﴿وجوه يومئذ مسفرة ضاحكة مستبشرة،

(1) آية 97 آل عمران.

(2) آية 44 المائدة.

ووجوه يومئذ عليها غبرة ترهقها قترة، أولئك هم الكفرة الفجرة» (3)

والفاسق على وجهه غبرة فوجب أن يكون من الكفرة. (4)

وكل هذه الدلائل تمسك بظواهر النصوص، وأكثرها كان الحديث فيه عن مشركي مكة فهي أوصاف لهم، وآية الحج ليس الكفر وصفا لمن لم يحج، إنما الكفر فيها لمن أنكر فريضة الحج.

ونريد أن نؤكد أن عليا لم يجادلهم بالنصوص، لأن النصوص كما سبق القول ظنية الدلالة، وتحتاج إلى تخصيص وتقييد وإلى بيان وتأويل، وإننا احتج عليهم بالعمل لأن العمل قطعي الدلالة فقد قال علي مخاطب الخوارج ومحتجا عليهم بعمل الرسول ﷺ: «فإن أبيتم إلا أن تزعموا إنني أخطأت وضللت، فلم تضلون عامة أمة محمد ﷺ وتأخذونهم بخطئي وتكفرونهم بذونبي، سيوفكم على عواتقكم، تضعونها مواضع البرء والسقم، وتخلطون من أذنبي بمن لم يذنب، وقد علمتم أن رسول الله ﷺ رجم الزاني المحصن، ثم صلى عليه ثم ورثه أهله، وقتل القاتل وورث ميراثه أهله، وقطع يد السارق وجلد الزاني غير المحصن، ثم قسم عليهما الفية ونحكا المسلمات، فأخذهم رسول الله ﷺ بذنوبهم وأقام حق الله فيهم، ولم يمنعهم سهمهم من الإسلام، ولم يخرج أسماءهم من بين أهله. (5)

فنرى من الاحتجاج بالعمل الذي كان عليه رسول الله ﷺ إزالة لكل التباس وغموض، لأن العمل لا يقبل تأويلا ولا يفهم إلا على وجهه الصحيح.

49 - فيظهر من هذا إن قاعدة الاحتجاج بالعمل التي اتبعها الإمام مالك، اتبعها من قبله الصحابة الكرام.

(3) آية 38 عبس.

(4) عن شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد 308/2 بنقل أبي زهرة في تاريخ المذاهب الإسلامية 72/1.

(5) المرجع السابق.

والإمام مالك جمع أحكام العمل في الموطأ، ونجد عنده فيه تعابير متعددة للدلالة على تلك الأحكام مثل قوله :

الأمر المعمول به عندنا - وعليه العمل عندنا - ليس مما مضى من أمر الناس - لم يكن بالأمر القديم - ليس العمل على كذا - وهو الأمر المجتمع عليه عندنا - ما أدركت الناس إلا وهم يفعلون أو يقولون كذا - ما مضى عليه أهل العلم المقتدى بهم - وهذا الأمر الذي أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا..(6)

ومن هذه التعابير يمكن أن نستنتج بعض خصائص عمل أهل المدينة وهي :

أ - إن عمل أهل المدينة شارك فيه عموم الناس واجتمعوا عليه.

ب - تكرر العمل به واضطرد جيلا بعد جيل

ج - أقر ذلك العمل أهل العلم المقتدى بهم في المدينة.

وبهذا يكون الإمام مالك حكم قاعدة العمل على صعيد الاجتهاد المطلق، وجاء بعده اتباعه في العصور المتأخرة، ولا سيما في بلاد المغرب، فحوروا تلك القاعدة إلى مفهوم جديد، وطبقوها في نطاق الاجتهاد المذهبي(7) كما سنرى فيما بعد.

ويقارب المذهب المالكي في قاعدة العمل شرائع غربية تجعل الأحكام مصادر للقواعد والنظريات وتتخذ من السوابق القضائية أصولاً قانونية.(8)

(6) هذه التعابير ذكرها الإمام مالك في الموطأ مفرقة في أبوابه.

(7) قاعدة العمل حجة في مذهب مالك : مقال للأستاذ عبد الله كَنُون منشور في مجلة العربي الكويتية عدد 152 ص 19.

(8) مالك ابن أنس إمام دار الهجرة : تأليف عبد الحليم الجندي ص 166 دار المعارف بمصر 1969.

الفصل الثاني

أقسام عمل أهل المدينة

يمكن أن يقسم عمل أهل المدينة إلى التقسيمات التالية :

1 - العمل الذي مصدره النقل والحكاية، وهذا العمل بدوره ينقسم إلى

ما يلي :

50 - أولا : نقل شرع مبتدأ عن النبي ﷺ وهذا القسم أربعة أنواع :

أ - نقل قوله.

ب - نقل فعله.

ج - نقل تقريره لهم على أمر شاهدتهم عليه، أو أخبر به.

د - نقل ترك شيء قام سبب وجوبه ولم يفعله النبي ﷺ. وهذه الأنواع

الأربعة التي ترجع إلى نقل الشرع المبتدأ هي عبارة عن رواية أهل المدينة للحديث الشريف : قولا وفعلا وتقريراً ويقصد مالك بهذا أن رواية أهل المدينة مقدمة على رواية غيرهم، بل حتى البخاري كثيراً ما يقدم رواية أهل المدينة على رواية غيرهم.(9)

ثانياً : نقل العمل المتصل المستمر زمناً بعد زمن من عهده ﷺ كالذي

نقلوه في شأن المزارعة والآذان للصبح قبل الفجر وتثنية الآذان وأفراد الإقامة، وكنقل الأحباس، ويمكن أن يدخل في هذا العمل القديم قبل مقتل عثمان.

(9) إن ما اصطلاح عليه بالسلسلة الذهبية تتكون من رواية المدينة :
سلسلة الذهب مالك الأبر عن نافع عن الإمام ابن عمر

ثالثا : نقل للأماكن والأعيان ومقادير الأشياء كنقل الصاع والمد وتعيين موضع المنبر، وتعيين الروضة والبقيع والمصلي. ونقل هذا جار مجرى نقل مواضع المناسك، كالصفا والمروة ومنى، ومواضع الجمرة والمزدلفة وعرفة ومواضع الإحرام كذي الحليفة وغيرها.

2 - العمل الذي مصدره الاجتهاد والاستدلال ومن أمثلته مسألة نفي خيار المجلس، فإن خيار مجلس العقد ليس معمولا به في المشهور من المذهب المالكي، وإن ورد به الحديث : «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا إلا بيع الخيار» رواه مالك في الموطأ. (10)

وأعذر عن عدم الأخذ بهذا الحديث بأنه معارض لعمل أهل المدينة وما كان كذلك يقدم عليه العمل، وعمل أهل المدينة هو ما ذكره مالك عقب الحديث المذكور أعلاه إذ قال مالك عقب الحديث : «وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه» (11) وسنبين في فصل حجية عمل أهل المدينة أسباب تقديم العمل على خبر الآحاد.

ويقسم عمل أهل المدينة إلى العمل القديم قبل مقتل عثمان رضي الله عنه وإلى العمل المتأخر. (12)

ويقسم أيضا بالنظر إلى وجود معارض له، أو لا معارض له. والمعارض قد يكون عمل آخر، وقد يكون خبر الآحاد.

(10) مدارك القاضي عياض 49/1 طبعة وزارة الأوقاف المغربية أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم 366/2 مطبعة السعادة بمصر 1955 - مالك لأبي زهرة ص 334 وما بعدها.
(11) نشير هنا أن ابن عبد البر وابن دقيق العيد أثبتا خيار المجلس في المذهب المالكي، فقد منعنا كون نفي الخيار من إجماع أهل المدينة، وذلك للوجوه التالية :

أ - يقولان : إننا إذا تأملنا لفظ مالك لم نجد له تصریحا بأن المسألة من إجماع أهل المدينة.
ب - إن هذا الإجماع إنما يراد به إجماع سابق أو لاحق، والأول باطل لأن ابن عمر رأس المفتين في المدينة في وقته كان يرى إثبات خيار المجلس، والثاني باطل أيضا لأن ابن ذئب وهو من أقران مالك ومعاصريه كان قد أغلظ على مالك لما بلغه مخالفته للحديث (2/123 أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد) إن عمل أهل المدينة دليل مستقل غير دليل الإجماع الذي يأتي بعد الكتاب والسنن.

(12) مجموع فتاوي ابن تيمية 303/20 وما بعدها.

الفصل الثالث

حجية عمل أهل المدينة

ندرس حجية عمل أهل المدينة بحسب أنواعه في الفروع التالية :

الفرع الأول : حجية العمل النقلي والعمل القديم قبل مقتل عمان.

الفرع الثاني : حجية العمل الاجتهادي والعمل المتأخر.

الفرع الثالث : حجية العمل في حالة وجود معارض له.

51 - الفرع الأول : حجية العمل النقلي والعمل القديم قبل مقتل

عثمان.

ذهب المالكية وجمهور من المذاهب الأخرى إلى أن العمل النقلي حجة يجب الاعتماد عليه، ويلزم المصير إليه، ويترك ما خالف ذلك، من خبر الواحد أو القياس، فإن هذا النقل محقق معلوم موجب للعلم القطعي، فلا يترك لما توجهه غلبة الظنون، وإلى هذا رجع أبو يوسف وغيره من المخالفين ممن ناظر مالكا وغيره من أهل المدينة في مسألة الأوقاف، والمد والصاع، وحينئذ لا يجوز لمنصف أن ينكر حجية أقسام العمل النقلي، وإنما خالف في تلك المسائل من غير أهل المدينة من لم يبلغه النقل الذي بها. (13)

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب : «ولا خلاف بين أصحابنا في هذا، ووافق عليه الصيرفي وغيره من أصحاب الشافعي، حكاه عنه الأبهري، وقد

(13) ترتيب المدارك للقاضي عياض 48/1 طبعة وزارة الأوقاف المغربية.

- إرشاد الفحول للشوكاني، ص 82.

- أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية 2/372.

- صحة مذهب أهل المدينة لابن تيمية ضمن مجموع الفتاوى 20/304.

خالف فيه بعض الشافعية عنادا، ولا راحة للمخالف في قوله : «إن ما هذا سبيله فهم وغيرهم من أهل الآفاق من البصرة والكوفة. ومكة سواء، إذ قد نزل هذه البلاد جماعة من الصحابة ونقلت السنن عنهم، والخبر المتواتر من أي جهة ورد لزم المصير إليه، ووقع العلم به، فصارت الحجة في النقل، فلم تختص المدينة بذلك) وسقطت المسألة، وهذه من أقوى عمدتهم.

ويرد عليهم القاضي عبد الوهاب قائلًا : «كذلك نقول لو تصورت المسألة في حق غيرهم، لكن لا يوجد مثل هذا النقل كذلك عند غيرهم فإن شرط نقل التواتر تساوي طرفيه ووسطه وهذا موجود في أهل المدينة لنقلهم الجماعة عن الجماعة عن النبي ﷺ، أو العمل في عصره وإنما ينقل أهل البلاد غيرها عن جماعتهم حين يرجعون إلى الواحد أو الاثنين من الصحابة، فرجعت المسألة إلى خبر الأحاد».(14)

ويمكن أن تفرض المسألة في عمل أهل مكة : في الأذان لنقلهم المتواتر عن الأذان بين يدي الرسول ﷺ، بها. لكن يعارض هذا آخر الفعلين من رسول الله ﷺ والذي مات عليه بالمدينة.

أما تعيين أماكن الحج بمكة فلا شك أن عمل أهل مكة في ذلك حجة. ويأتي في المرتبة الثانية من حيث الحجية بعد العمل الذي يجري مجرى النقل، العمل القديم قبل مقتل عثمان بن عفان كيف ما كان مصدره، فهو حجة في نظر المالكية بلا خلاف، وكذلك في نظر بعض الشافعية والحنابلة، فقد قيل في هذا الموضوع : (إذا رأيت قدماء أهل المدينة على شيء فلا يكن في قلبك ريبه إنه الحق) وقيل : (إن ما سنه الخلفاء الراشدون فهو حجة يجب اتباعها).

واستدل لحجية العمل القديم بالحديث الصحيح عن العرباض بن سارية عن النبي ﷺ أنه قال : (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من

(14) ترتيب المدارك للقاضي عياض طبعة وزارة الأوقاف المغربية 49/1 وما بعدها.

بعدي، تمسكو بها وعضوا عليها بالنواجذ، وإياكم ومحدثات الأمور فإن كل بدعة - ضلالة). (15)

الفرع الثاني : حجية العمل الاجتهادي والعمل المتأخر.

52 - إن عمل أهل المدينة المستند إلى الاجتهاد والاستدلال هو معترك النزال ومحل الجدل. ونعرض هنا رأي المالكية في حجية هذا النوع من العمل.

1 - ذهب فريق مالكية العراق (16) إلى أن العمل الاستدلالي ليس بحجة، ولا يرجح به أيضا أحد الاجتهادين على الآخر، وعللوا رأيهم بعدم تحقق الإجماع بأهل المدينة وخدمهم، والحجة إنما هي لمجموع الأمة. (17) فقد تصوروا المسألة على أنها من باب الإجماع، ولعل هذا تأثر منهم بأقوال أهل المذاهب المعارضة لمالك في أخذه بعمل أهل المدينة، فإن كثيرا منهم زعموا أن مالكا يعتبره إجماعا، بل إن بعضهم نسب إليه أنه يرى اتفاق الفقهاء السبعة بالمدينة إجماعا، وهذا تقول باطل وزعم غير صحيح، فإن الإجماع عنده كالإجماع عند غيره، وهو دليل مستقل يأتي بعد دليلي الكتاب والسنة. (18)

2 - ذهب فريق ثان إلى أن عمل أهل المدينة الاستدلالي وأن لم يكن حجة فإنه يرجح به اجتهادهم على اجتهاد غيرهم، وهو قول جماعة من فقهاء مالكية العراق، وجميع مالكية المغرب، وبه قال بعض الشافعية. (19)

(15) صحة مذهب أهل المدينة لابن تيمية ضمن مجموع الفتاوي 308/20 وما بعدها.

(16) وهم كبار البغداديين، منهم : ابن بكير، وأبو يعقوب الرازي، وأبو الحسن ابن المنتاب وأبو العباس الطيالسي، وأبو الفرج القاضي وأبو بكر الأبهري، وأبو التمام وأبو الحسن ابن القصار.

(17) أعلام الموقعين لابن قيم الجزية 373/2

(18) قاعدة العمل حجة في مذهب مالك : مقال للأستاذ عبد الله كُتون نشر بمجلة العربي الكويتية العدد 152 ص 21.

(19) ترتيب المدارك للقاضي عياض 51/1 طبعة الأوقاف المغربية أعلام الموقعين لابن القيم 373/2.

3 - وذهب فريق ثالث إلى أن عمل أهل المدينة الاستدلالي حجة كالعمل النقلي، والذي قال بهذا هم جل فقهاء مالكية المغرب أو جميعهم وكذلك القاضي أبو الحسن بن أبي عمر من البغداديين.(20)

وبعض الفقهاء قيد هذه الحجية، بأن العمل الاستدلالي وإن كان حجة فإنه لا تحرم مخالفته بينما العمل النقلي تحرم مخالفته.

(53) ويجب علينا أن نصرح أن مالكا رضي الله عنه عندما كان يحتج بالأمر المجتمع عليه في بلده، ما كان يقتصر على الأمور التي لا تعرف إلا بالتوقف، بل كان يذكر ذلك في أمور للرأي فيها مجال، ويأخذ بقولهم فيها، والتعميم والإطلاق الوارد في رسالة مالك إلى الليث تزكي ذلك، يقول مالك في رسالته : (بلغني أنك تفتي الناس بأشياء مخالفة لما عليه جماعة الناس عندنا، وببلدنا الذي نحن فيه.. فإنما الناس تبع لأهل المدينة).

والمسائل التي جرى فيها الخلاف بين مالك والليث، فإن للرأي فيها مجالا ونذكر من ذلك مسائل : اختلافهم في الإيلاء، ووقوع الطلاق به، الحكم إذا ملك الزوج امرأته أمرها - الإسهام في الجهاد لفرس أو لفرسين... (21)

إن نفس الخلاف الذي وقع في العمل الاجتهادي وقع في العمل المتأخر بالمدينة، فمالكية العراق كالقاضي عبد الوهاب قالوا بعدم حجية هذا العمل المتأخر، بينما مالكية المغرب قالوا بحجيته.(22)

(20) المرجع السابق ترتيب المدارك 42/1 طبعة الأوقاف المغربية.

(21) تاريخ الفقه الإسلامي دكتور محمد يوسف موسى ص 203.

(22) صحة مذهب أهل المدينة لابن تيمية ضمن مجموع الفتاوى 311/20.

54 - الفرع الثالث : حجية العمل في حالة وجود معارض له.

إن أهم معارض لعمل أهل المدينة هو خبر الآحاد، ولا يخلو الأمر من الوجوه التالية :

- 1 - أن يكون العمل والخبر متطابقين.
 - 2 - أن يكون خبران متعارضين أحدهما موافق لعمل أهل المدينة.
 - 3 - أن يكون العمل وحده معارضا للخبر.
- ففي الوجه الذي يتطابق فيه الخبر والعمل فلا يحصل أي إشكال، إذ يكون العمل من طريق النقل تأكيدا للخبر، ويكون مرجحا له إذا كان من طريق الاجتهاد.

وكذلك لا إشكال إذا لم يكن هناك عمل إذ يجب الرجوع إلى الخبر. وفي الحالة التي يكون فيها خبران متعارضان أحدهما موافق للعمل كان الخبر الذي يوافقه العمل ارجح من الخبر الآخر، والعمل من أقوى مرجحات الأخبار إذا تعارضت.

وإذا كان العمل وحده مخالفا للخبر جملة، فإن كان ذلك العمل مستمرا متصلا أو من طريق النقل، فإن الخبر يترك بغير خلاف عند المالكية وعند المحققين من غيرهم لأن العمل يكون من قبيل المقطوع به، والخبر من قبيل المظنون به، ولا يترك القطع واليقين لغلبة الظنون، وألف عن ألف خير من واحد عن واحد. (23)

وإذا كان العمل من طريق الاجتهاد قدم الخبر عليه عند الجمهور وفيه خلاف بين المالكية.

55 - ونحن نرى التفصيل في هذا الموضوع بين الأخبار المؤكدة الصحة والقطعية الدلالة والمتعلقة بمواضيع لا تقبل التغيير كالأحكام الأساسية أو أحكام العبادات. وبين الأخبار التي لا تبلغ تلك الدرجة والتي تقبل عدة

(23) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية 2/374 ترتيب المدارك للقاضي عياض 1/52.

تأويلات أو التي تتعلق بأحكام قابلة للتغير كالمعلقة بمصلحة مؤقتة أو مبنية على أعراف وعادات.

فالأخبار المؤكدة الصحة والقطعية الدلالة، فإنها مقدمة على العمل الاجتهادي، لأن ما كان مصدره الوحي أولى مما كان مصدره العمل والنظر الإنساني.

وإذا كان الخبر ظنيا دلالة وثبوتا فيقبل عدة تأويلات أو يتعلق بمصلحة مؤقتة أو مبنيا على عرف، فإن العمل الاجتهادي يقدم عليه لأن الخبر قابل للتخصيص والتقييد، ولأنه قابل لأن يتغير حكمه إذا كان مبنيا على مصلحة مؤقتة أو عرف، بتغير تلك للمصلحة أو ذلك العرف، فيكون العمل مقيدا ومخصصا لذلك الخبر، ومغيرا لحكمه الذي تغير سببه المصلي أو العرفي.

وإذا كان الخبر متعلقا بأمور العبادة فإننا نرى تقديم الخبر على العمل الاجتهادي، لأن أمور العبادات لا تعرف إلا من طريق الوحي لا من طريق العقل، ولأن العبادات ثابتة لا تتطور إلا بطريق الوحي، ولأن الوحي نفسه فصل أحكامها، ولم يفعل ذلك في المعاملات، وإنما أتى بالكليات وترك للمجتهدين تفصيل الجزئيات، وتقديم الاجتهاديات في أمور العبادة يفتح الباب للبدع ونشوء الملل والنحل.

ونرى أن عمل أهل المدينة الاجتهادي قيمته كقيمة العمل الإقليمي الذي هو موضوع بحث هذه الرسالة فيخضع لنفس الأسس والشروط وغير ذلك.

الفصل الرابع

الأسس التي بني عليها عمل أهل المدينة

- بني فقهاء أهل المدينة عملهم على واحد أو أكثر من الأسس التالية :
- 1 - مراعاة الاتصال والاستمرار في التطبيق وعمل الأكثر.
 - 2 - عمل أهل المدينة من باب عموم البلوي، وأنه قرينة لرد الخبر.
 - 3 - العمل صورة لآخر أحوال الرسول والصحابة، وأهل المدينة اعرف بالمقال واقعد بالحال.
 - 4 - تعظيم الرسول ﷺ لشأن المدينة.
 - 5 - عمل أهل المدينة طريقة لنقد متون الأحاديث.
 - 6 - عمل أهل المدينة فيه اعتبار لما اعتمده القضاء والإفتاء، مثل عمل الفقهاء المتأخرين (أي ما جرى به العمل).
- فلنعقد في كل أساس فرعا.

الفرع الأول : مراعاة الاتصال والاستمرار في التطبيق وعمل الأكثر.

56 - إن مراعاة الاتصال والاستمرار وعمل الأكثر كأساس لعمل أهل المدينة أمر مقبول، وذلك لبعد اتفاق عيون الأمة وفقهائها على ارتكاب عمل غير مستند إلى أصل صحيح، وقد بسط هذا الأساس الإمام الشاطبي في الموافقات، (24) ونستعرض هنا ما قرره بشيء من التصرف، لقد ذكر هذا الإمام : أن كل دليل شرعي لا يخلو إما أن يكون معمولا به في السلف

(24) 56/3 وما بعدها.

المتقدمين دائما أو غالبا، أو لا يكون معمولوا به إلا قليلا أو في وقت ما، أو لا يثبت به عمل، فهذه ثلاثة أقسام :

القسم الأول :

57 - أن يكون الدليل معمولوا به دائما أو غالبا وهذا لا إشكال في الاستدلال به ولا في العمل على وفقه وهو السنة المتبعة.

القسم الثاني :

58 - أن لا يقع العمل بالدليل إلا قليلا، أو في وقت من الأوقات أو حال من الأحوال، ووقع إثارة غيره والعمل به دائما أو غالبا فذلك الغير هو السنة المتبعة، وإما أن ذلك الدليل الذي لم يقع العمل به إلا قليلا، فيجب التثبت فيه وفي العمل على وفقه، والمثابرة على ما هو الأعم والأكثر، فإن مداومة الأولين للعمل على مخالفة هذا الأقل، لا بد أن يكون لمعنى شرعي تحروا العمل به، وإذا كان كذلك فقد صار العمل على وفق القليل كالمعارض للمعنى التي تحروا العمل به على وفقه، وإن لم يكن معارضا في الحقيقة لضعفه بإزاء ما أثر العمل على وفقه، فلا بد من تحري ما تحروا وموافقة ماداموا عليه.

ولهذا لم يأخذ الإمام مالك بأحاديث وإن صحت عنده، لمخالفتها لما جرى به العمل المستمر.

من ذلك : حديث القيام للرجل إكراما له وتعظيما فإن العمل المتصل تركه، فقد كانوا لا يقومون لرسول الله ﷺ إذا أقبل عليهم، ولم ينقل عن الصحابة عمل مستمر في القيام، ولو كان، لنقل، حتى روى عن عمر ابن عبد الزيز أنه لما استخلف قاموا له في المجلس، فقال : ان تقوموا نقم، وإن تقعدوا نقعد.

وحديث تقبيل اليد على افتراض صحته، فإنه لم يقع تقبيل يد رسول الله ﷺ إلا نادرا، ثم لم يستمر فيه عمل إلا الترك من الصحابة والتابعين، فدل على مرجوحيته، وحديث سجود الشكر إن فرض ثبوته عن النبي ﷺ فإنه لم يداوم عليه مع كثرة البشائر التي توالى عليه، فلم ينقل عنه مواظبة على ذلك، ولا جاء عن عامة الصحابة منه شيء إلا في الندرة ولما سئل مالك عن الرجل يأتي إليه أمر يحبه فيسجد لله شكرا فقال : لا يفعل ليس مما مضى من أمر الناس.(25)

59 - وعلق الشاطبي على هذا قائلا : (ومن هذا المكان يتطلع إلى قصد مالك رحمه الله في جعل العمل مقدما على الأحاديث، إذ كان إنما يراعي كل المراعاة العمل المستمر والأكثر، ويترك ما سوى ذلك، وإن جاءت فيه أحاديث، وكان أدرك التابعين وراقب أعمالهم وكان العمل المستمر فيهم مأخوذا عن العمل المستمر في الصحابة، والعمل الذي كان مستمرا في الصحابة إنما هو مستمر كذلك في عمل الرسول ﷺ أو في قوة المستمر... (وسأل أبو يوسف مالكا عن الأذان، فقال مالك : وما حاجتك إلى ذلك ؟ فعجبا من فقيه يسأل عن الأذان، ثم قال له مالك : وكيف الأذان عندكم ؟ فذكر مذهبهم فيه، فقال : من أين لكم هذا ؟ فذكر له أن بلالا لما قدم الشام سأله أن يؤذن لهم فأذن لهم كما ذكر عنهم، فقال له مالك : ما أدري ما أذان يوم ؟ وما صلاة يوم ؟ هذا مؤذن رسول الله ﷺ وولده من بعده يؤذنون في حياته وعند قبره، وبحضرة الخلفاء الراشدين أثبت في الاتباع وأولى أن يرجع إليه).(26)

(25) الموافقات 66/3 وما بعدها.

(26) الموافقات 66/3 وانظر كذلك : الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية للمير 54/1 وما بعدها - ومالك ابن أنس : لعبد الحليم الجندي ص 176 وما بعدها.

القسم الثالث :

60 - أن لا يثبت عن السلف الأولين أنهم عملوا بالخبر المعارض للعمل على حال، وهذا القسم أشد مما قبله إذ القسم الثاني قد عمل به قليلا، وما ذكر في القسم الثاني من الأوجه والأدلة على تقديم العمل المستمر يجري هنا أيضا في هذا القسم بالأولى. (27)

61 - وقد بين الإمام مالك رضي الله عنه وجه اعتماده العمل كما رواه ابن أبي أويس حسب ما جاء في (معيان الوشريسي) و(الديباج لابن فرحون) قال مالك : (وما رأيت الأمر عندنا فهو ما عمل به الناس عندنا وجرت به الأحكام وعرفه الجاهل والعالم، وكذلك ما قلت فيه ببلدنا وما قال فيه بعض أهل العلم فهو شيء استحسنته من قول العلماء، وأما ما لم أسمع منهم، فاجتهدت ونظرت على مذهب لقيته متى وقع ذلك موقع الحق أو قريبا منه، حتى لا يخرج عن مذهب أهل المدينة وآرائهم وإن لم أسمع ذلك بعينه فنسبت الرأي إلي بعد الاجتهاد مع السنة وما مضى عليه عمل أهل العلم المقتدى بهم، والأمر المعمول به عندنا من لدن رسول الله ﷺ والأئمة الراشدين مع من لقيت فذلك رأيهم ما خرجت إلى غيره). (28)

62 - **الفرع الثاني : عمل أهل المدينة من باب عموم البلوي، وإنه قرينة لرد الخبر.**

من الأسباب التي أدت لتقديم ما جرى به عمل أهل المدينة، هو أنه من باب عموم البلوي الذي يذهب إليه الحنفية، وذلك أنه لا يجوز أن تكون السنن المعارضة للعمل مع تكررها وتكرر وقوع أسبابها غير منسوخة ويخفى ذلك عن أهل المدينة الذين تلقوا العمل بالسنن خلفا عن سلف،

(27) المرجع السابق 71/3.

(28) الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية للمير 56/1.

وعمل أهل المدينة أقوى من عموم البلوي الذي يذهب إليه أبو حنيفة، لأن أهل المدينة أخرى أن لا يخفى ذلك عليهم من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم أبو حنيفة في طريق النقل، وبصفة عامة فإنه لا يشك أحد أن العمل قرينة إذا اقترنت بالشئ المنقول ووافقته أفادت به غلبة الظن، وإن خالفته أفادت به ضعف ظن، ولكن هل تبلغ هذه القرينة مبلغاً ترد به أخبار الآحاد الثابتة ؟ يرى ابن رشد الحفيد: (29) إنه ربما تبلغ تلك القرينة - أي العمل - إلى مرتبة يرد بها الخبر، وربما لا تبلغ، وذلك لتفاضل الأشياء في شدة عموم البلوى بها، وذلك أنه كلما كانت الحاجة إلى السنة أمس وهي كثيرة التكرار على المكلفين كان نقلها من طريق الآحاد من غير أن تستفيض قولاً أو عملاً فيه ضعف وذلك يوجب أحد أمرين : إما أنها منسوخة وإما أن النقل فيه اختلال.

الفرع الثالث : العمل صورة لآخر أحوال الرسول ﷺ وأهل المدينة أعرف بكيفية تلقي الصحابة للأحكام.

63 - إن الأحكام الشرعية كانت تتجدد شيئاً بعد شيء، وكان ينسخ بعض أحكامها ببعض، متكرراً تارة وغير متكرر أخرى، والمرجوع إليه آخر حالات الرسول ﷺ والصحابة رضي الله عنهم لم يكونوا بحالة واحدة، بل منهم الملازم ومنهم من يذهب ويعود، ومنهم من لا يعود، وكان بعضهم إذا عاد وذكر حكماً يقال له : إنك لا تدري ماذا أحدث بعدك وقد تفرقوا في البلاد ولم يجتمع منهم في بلدة مثل ما اجتمع في المدينة، فقد كان فيها من المهاجرين والأنصار خلق كثير ومنهم الصحابة العشرة، وعبد الله بن عمر المبالغ في ضبط أحوال الرسول ﷺ والاقتراء به ومعاذ ابن جبل وزيد بن ثابت وأبي بن كعب، وأزواج الرسول الكريمات الطاهرات، وهؤلاء أئمة

(29) بداية المجتهد ونهاية المقتصد 1/ 168.

أعلام وعليهم مدار الإسلام، وهم العالمون بآخر أحوال الرسول ﷺ لأنهم الملازمون له إلى الوفاة، وغيرهم وإن كان عندهم علم صحيح سمعه من قم الرسول ﷺ، لكنه ربما كان لو ذكره لهؤلاء لقليل له : إنك لا تدري ماذا أحدث بعدك، خصوصا وهؤلاء هم السواد الأعظم، ونقلهم متواتر، ونقل غيرهم آحاد والتابعون من بعدهم لا يخرجون عن هديهم وقد كان في المدينة من أئمة التابعين ما ليس في غيرها كالفقهاء السبعة والزهري وربيعه ونافع وغيرهم، فلذلك رجع الإمام مالك إليهم.

وإلى جانب هذا فإن العلماء قالوا : «الأحاديث الواردة عن رسول الله ﷺ يحتاج فيها إلى معرفة تلقى الصحابة لها كيف تلقوها من صاحب الشريعة ﷺ فإنهم أعرف بالمقال وأقعد بالحال، والتطبيق العملي للنصوص كان أمامهم، وأهل المدينة هم الذين توارثوا عن الصحابة هذه الحالة». (30)

64 - هذا تأصيل للعمل بصفة عامة، أما إذا تعارض الحديث الصحيح وعمل أهل المدينة فلا يخلو الحال، إما أن يحكم عليهم جميعا بالجهل وهذا مما يستحي العاقل أن يتفوه به فإن هؤلاء أعلم الأمة، وسوء الظن بهم فسوق، وإما أن يحكم عليهم بتعمد مخالفة السنة والتلاعب، وهذا أدهى وأمر، وإما أن يحكم عليهم بالعلم والعمل وإنهم إنما تركوا الحديث لأمر قوي وهذا ما يقرره المالكية، سيما وإن مستند الإجماع نفسه قد يكون معروفا وقد لا يعرف، إذن فلا بد لمخالفة العمل للحديث من مستند إن لا سبيل لتجهيل أولئك العلماء ولا لتضليلهم.

وهذا الحكم عند اتفاق أهل المدينة، أما إن اختلفوا فإن شذ المخالف فلا التفات إليه، وإلا فلا بد من الرجوع إلى الدليل والتعديل والترجيح. (31)

(30) فتح العلي المالك للشيخ عيش 52/1.

(31) المرجع السابق 52/1.

الفرع الرابع : تعظيم الرسول ﷺ لشأن المدينة.

65 - هناك من فقهاء المالكية من جعل أساس العمل بمذهب أهل المدينة الأحاديث التي ترفع من شأن المدينة مثل قوله عليه السلام : (إن المدينة - طيبة تنفي خبثها كما ينفي الكير خبث الحديد) والخطأ من الخبث فكان منفيًا عنها. (32) وقال عليه السلام : «إن الإسلام ليأزر إلى المدينة كما تأزر الحية إلى جحرها» وقال عليه السلام : «لا يكابد أحد أهل المدينة إلا انماع كما ينمع الملح في الماء». (33)

ورد على هذا الرأي بأن هذه الأحاديث ليس فيها ما يدل على أن عمل أهل المدينة تبنى عليه الأحكام وإن بطريق الكناية، وتخصيص المدينة بالذكر إنما كان إظهارا لشرفها وإبانة لخطرها، وتمييزا لها من غيرها لأنها دار هجرة الرسول ﷺ وموضع قبره ومهبط الوحي ومستقر الإسلام. (34)

الفرع الخامس : عمل أهل المدينة طريقة لنقد متون الأحاديث.

66 - ومقتضى هذا الأساس هو أن الإمام مالك ذهابا منه إلى وجوب النظر في متن الأحاديث كما ننظر في السند، فإن متن الحديث إذا وجد ما يتواتر من أصول وحقائق ثابتة مسلمة، وكان من رواية الآحاد أي مما لم يتواتر ويعلم بالضرورة أنه من الدين وعمل السلف، فإنه يمكن أن يوضع موضع البحث، ويتوقف العمل به إلى أن يثبت فيه من طرف أهل العلم لاسيما مع إجماع علماء الحديث على أن الحكم بالصحة أو الضعف على حديث ما، إنما هو بحسب غلبة الظن وما تعطيه القواعد، وإلا فقد يكون الصحيح هو الضعيف، والعكس بالعكس.

(32) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول للقرافي ص 334 والأحكام في أصول الأحكام للآمدي 1/181.

(33) ذكر الأحاديث : الآمدي في الأحكام 1/8 - 181.

(34) المرجع السابق 1/180.

ومما يستأنس به لهذا الرأي ما روي عن ابن المغذل أنه قال: سمعت إنسانا سأل ابن الماجشون : لما رويتم الحديث ثم تركتموه ؟ فقال : ليعلم أنا على علم تركناه.

67 - ولا يخفى أن كثيرا من الباحثين المعاصرين مستشرقين وغيرهم قد لاحظوا على علماء الحديث أنهم لم يتناولوا متون الأحاديث بالنقد والتصحيح كما تناولوا أسانيدها، فقاعدة العمل عند مالك محاولة أولى وسابقة هامة في نقد متون الأحاديث يمكن الرجوع إليها والاعتماد عليها، فمالك ناقد فاحص للسنن، وإنه كان يوازن بينها وبين الأصول العامة والمبادئ المقررة الثابتة التي تضافرت المصادر على إثباتها، فلعله كان بعد دراسة الأحاديث، هذه الدراسة وعلى ضوء ما يراه معمولاً به منقولا عن التابعين، ومن قبلهم عن الصحابة، يضعف بعض الأخبار، وإن كان الأساس من أول الأمر رأيا، ويأخذ به لأنه كان يكره الأغراب ويرى فيه شذوذا. ويريد متابعة ما جرى به العمل.(35)

الفرع السادس : عمل أهل المدينة فيه اعتبار لما اعتمده القضاء والإفتاء.

68 - يقوم هذا الأساس على أن عمل أهل المدينة فيه اعتبار لما اعتمده القضاء والإفتاء، مثل عمل الفقهاء المتأخرين (أي ما جرى به العمل) وذلك أن قاعدة العمل لا تتعلق بقول أهل المدينة ولا بنقلهم حتى تدرج في باب

(35) قاعدة العمل حجة في مذهب مالك - مقال للأستاذ عبد الله كنون المنشور في مجلة العربي العدد 152 ص 22.

ومالك حياته وعصره - آراؤه وفقهه للأستاذ محمد أبي زهرة ص 339.

الإجماع أو في باب التواتر، وإنما تتعلق بما جرى عليه عملهم، ولا شك أن مالكا يتحدث عن عصره، فهذا الأصل بالنسبة إلينا إنما هو من قبيل المصادر التاريخية، ومالك قد ولد سنة 93هـ (36) وتوفي سنة 179هـ. فقد أدرك أوائل القرن الثاني وأدرك أتباع التابعين فهو يرى أن الاختلاف فيما يرجع للعمل في الأحكام الشرعية لم يقع كثيرا إلا في مسائل تبدلت الأحكام فيها لاجتهاد الخلفاء الراشدين واجتهادهم من قبيل السنة، فمالك حسب هذا الأساس لا يقول بالاستدلال بالعمل إذا كان مخالفا للمروي الثابت عن رسول الله ﷺ لأنه يقول : إذا صح الحديث فهو مذهبي، ولكنه يرى أن عمل أهل المدينة في عهده في مسألة مختلف فيها، أو تضاربت فيها الأدلة يرفع الخلاف عنده، ويوجب لديه اختيار القول به على غيره من المذاهب.

فيظهر أن مالكا قد وضع بهذا الأصل مبدأ تشريعيا عظيم الأهمية وهو اعتبار ما اعتمده القضاء والإفتاء من الأحكام الرعية وجعله مرجحا لما اشتهر من الأقوال، لأنه يتفق مع البيئة ومع ظروفها في حين أن الحاكمين والمفتين المتوفرين على الشروط لا يتصور أن يعتمدوا القول أو القضاء به دون أن يكون متفقا مع مقتضيات الشريعة ومقاصدها وأصولها، ومالك لا يقول إن العمل حجة ملزمة لجميع الأمة، ولا يقول : إنه لا يجوز العمل بغيره، وإنما يجعل العمل مرجحا عنده، فهو إذا تضاربت الأقوال واختلقت الآراء يختار القول بعمل أهل المدينة. ويظهر أن مالكا أراد بعمل أهل المدينة ما قصد إليه أبو يوسف الذي كان يرى ترك النص المتضمن للعادة القديمة،

(36) اختلف في السنة التي ولد فيها مالك، وأكثر الناس على أنه ولد سنة 93 هجرية.

واتباع العادة (37) الجديدة لأن العادة كانت هي المنظور إليها، وأن النص على ذلك ما كان في ذلك الوقت إلا لأن العادة جرت بذلك، وقد تغيرت عادة أهل المدينة فيتغير الحكم.

(37) مقاصد الشريعة للأستاذ علال الفاسي ص 151.

مقدمة إحياء علوم الشريعة للدكتور المحمصاني ص 75.

وفلسفة التشريع له ص 212.

هناك من نسب لأبي يوسف القول بأن : (الحديث ليس إلا تأكيداً أو إقرار للعرف الذي كان في عهد النبي ﷺ - علال الفاسي في مقاصد الشريعة ص 151.

وهناك من تطرف أكثر فقال : إن الشريعة الإسلامية لم تأت بجديد وإنما أقرت نظاماً قبلها كأعراف الجاهلية وقوانين الروم وقوانين حمورابي، وفي المناظرة النسائية التي عقدتها = (الفدرالية الوطنية للنساء ذوات المهن الحرة) بالرباط تعرضن لوضعية المرأة في الشريعة الإسلامية، وقد ذكر بعضهن (إن حضور الولي في عقد الزواج عادة موروثة عن الجاهلية) جريدة العلم : 1 فبراير 1979 وفي الرد على هذه الأقوال نذكر أنه لما بعث النبي ﷺ وجد أهل الجاهلية ما زالوا محتفظين ببعض البقايا القليلة من الشرائع السابقة كشرعية إبراهيم وولده إسماعيل عليهما السلام، مختلطة ببعض تحريفاتهم، وأصبحت متداولة بينهم كأعراف، فلما جاء الإسلام نظر إلى تلك الشرائع، فالذي وجده ما زال صالحاً للبقاء أقره وأمر بالأخذ به، لكن الرسول ﷺ خالف عادات الجاهلية التي ابتدعوها والتي مبعثها شهوات النفوس.

وإن توافق الشريعة الإسلامية مع بعض الجزئيات في الأعراف والقوانين الموضوعية من طرف الإنسان المفكر العاقل، فيه تنبيه إلى أن العقل قد يكتشف حكم الله في الأمور المعقولة المعنى.

فالشريعة الإسلامية جاءت لمصلحة الإنسان، والإنسان بما منحه الله من عقل قد يهتدي إلى عرف أو تشريع في أمور المعاملات يكون قريباً من التشريع السماوي، ولكن يجب على الإنسان أن لا يستقل بعقله وحده لاسيما في الأمور التي تختلف فيها العقول فعليه أن يأخذ بحكم الوحي المعصوم من الخطأ.

إن ما اعتقدته النساء ذوات المهن الحرة في أن الولي في الزواج ما هو إلا عادة جاهلية باعتبار حالة المرأة حين ذلك، فيه قصور عن إدراك مقاصد الشريعة في اشتراط الولي، وما في اشتراطه من تكريم للمرأة، وإن من مقاصد بعض تشكيلات الزواج كالولي والوليمة إنما هو للتمييز بينه وبين السفاح.

يراجع في موضوع أعراف الجاهلية ما كتبه ولي الله الدهلوي في كتاب حجة الله البالغة تحت باب (بيان ما كان عليه حال أهل الجاهلية فأصلحه النبي ﷺ 1/262 وما بعدها. ومقال واقعية الفقه الإسلامي د. محمد مصطفى شلبي المنشور في مجلة الأزهر لشهري أكتوبر - نونبر 1978 ص 1413.

الباب الثالث

**عمل الفقهاء المتأخرين، أو عمل الإقليم
وخصوصا عمل الأندلس والمغرب**

الباب الثالث

عمل الفقهاء المتأخرين، أو عمل الإقليم وخصوصا عمل الأندلس والمغرب

تمهيد :

69 - بعد هذه النظرة الشاملة والعامة عن عمل أهل المدينة، هذا العمل الذي كان عند الإمام مالك مصدرا من المصادر والأصول التي كان يستنبط منها الأحكام، فكان يستعمل عمل أهل المدينة أكثر عند تعارض الأدلة لديه وكذا عند سكوت النصوص عن ما هو جار به العمل. وعمل مالك كما هو واضح اجتهاد مطلق.

ولما دُونَ المذهب المالكي بجمع الروايات المتعددة التي سمعها التلامذة من شيخهم، ولما أقفل باب الاجتهاد المطلق، أخذ الفقهاء يدرسون الأحكام الشريعة المنقولة عن إمامهم، فجرى لهم في استخراج المسائل نفس ما جرى للمجتهدين، فتعددت أقوالهم في معظم النوازل بناء على ما فهموه من نصوص إمامهم وشيوخ مذهبه، بالإضافة إلى ما وجد من تعارض بين بعض تلك الروايات والأقوال. فبعضها كان دليلها أقوى من دليل الأخرى، وبعضها قال به عدد أكثر من العدد الذي قال بالروايات والأقوال الأخرى، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية إن بعض تلك الروايات والأقوال التي نقلت عن مالك وتلامذته في المشرق، بنيت على حاجيات وأعراف تلك المنطقة، ولما دخل المذهب المالكي إلى شمال إفريقيا والأندلس وجدت مشاكل وحاجيات وأعراف مختلفة عن تلك التي في الحجاز والمشرق فرأى فقهاء شمال إفريقيا

والأندلس أنه لابد من إخضاع الفقه الاجتهادي للبيئة التي يحكمها لكي يكون ذلك الفقه محققا لمقاصد الشريعة الإسلامية في دفع المضار وجلب المصالح.

ومن أجل تحقيق هذا الغرض استعملوا نظرية العمل الإقليمي تأثرا بعمل أهل المدينة (1) الذي استعمله مالك في الاجتهاد المطلق، إلا أن نظرية العمل الإقليمي هذه تعتبر نظرية جديدة بالنسبة لنظرية عمل أهل المدينة. ويجدر التنبيه أن العمل الإقليمي غير معمول به في المشرق وربما غير معروف عند الفقهاء المالكية في المشرق. (2) وذلك لأننا لم نعثر على كتابات تتعلق بنظرية عمل الأمصار أو بمسائله وجزئياته، عند فقهاء المالكية بالعراق أو عند مالكية مصر، أما إشارات ابن فرحون في التبصرة والخطاب في شرح المختصر إلى نظرية عمل الأمصار، فربما يرجع ذلك لقرب هجرة أصولهما من المغرب إلى المشرق، ولا استمرار ارتباطهما الفقهي بمؤلفات المغاربة والأندلسيين.

70) والمفهوم الخاص لنظرية عمل الأمصار أو العمل الإقليمي هو :
أن يحكم أحد القضاة، أو يفتي أحد المفتين ممن ثبتت عدالته ونزاهته مع العلم والمعرفة، بقول من أقوال علماء المذهب وإن كان ضعيفا أو مهجورا، لأن هذا المفتي أو ذاك القاضي ما اختار هذا القول إلا لاعتبار خاص كاعتبار ظروف القضية وأحوال المتداعين والمستفتين وما يرجع إلى عوائدهم وأعرافهم، فوجد أن ذلك القول أكثر انطباقا وأشد ملائمة للمسألة مما عداه، وإن كان غير قوي ولا مشهور، مع ما انضاف إلى ذلك من فائدة رفع الخلاف في المسألة التي جرى بها العمل والتي يكون فيها قولان أو أقوال متعددة في المذهب إذ أن حكم الحاكم يرفع الخلاف على ما هو معروف،

(1) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للأستاذ الحجوي 4/ 226.

(2) قاعدة العمل حجة في مذهب مالك للأستاذ عبد الله كُتون مقال منشور في مجلة العربي الكويتية العدد 152 ص 22.

ويأتي القضاة والمفتون بعد ذلك فيأخذون بذلك العمل مادام الموجب الذي خولف من أجله المشهور في مثل تلك البلد وذلك الزمن مستمر. (3)

71 - والعمل بهذه الصفة تطور في مذهب القضاء وصيغ الفقه بصيغة المجتمع، ابتكره الأندلسيون والمغاربة، وساروا في الأخذ به رويدا، بحيث لا تتوفر مجموعة الأعمال المعتبرة بهذه المتابة إلا على عدد قليل نسبيا. وتقتضي منا دراسة هذا الباب تقسيمه إلى الفصول التالية :

الفصل الأول : دراسة ونقد لبعض أسباب ظهور نظرية العمل الإقليمي.

الفصل الثاني : أنواع العمل عند الفقهاء المتأخرين.

الفصل الثالث : عمل قرطبة والأندلس.

الفصل الرابع : عمل فاس والمغرب.

الفصل الخامس : التعريف بالاجتهاد القضائي والسابقة القضائية في الأنظمة القانونية المعاصرة، ومقارنة ذلك بنظرية العمل.

(3) تاريخ التشريع الإسلامي للأستاذ حماد العراقي صفحة 132 - الأستاذ عبد الله كُتون في المرجع السابق العدد 152 ص 22.

كتاب التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية ص 7 للأستاذ علال الفاسي طبعة (ستنسيل).

الفصل الأول

دراسة ونقد

لبعض أسباب ظهور نظرية العمل الإقليمي

(عمل الفقهاء المتأخرين)

72 - إن بعض الباحثين أعتقد أن ظهور نظرية العمل الإقليمي كان نتيجة لتدهور الأمة السياسي والاقتصادي، وإن ذلك كان من موجبات هرم الفقه،(4) ذكر أبو بكر زنيبر أن : (تقهقر الدولة سرى في جسم الأمة بأجمعها حتى في علمها ودينها لما لذلك من الارتباط بالسياسة والدولة، فضعت الأفكار في الاجتهاد والاستنباط عن ما كانت قبل كما ضعفت حالة الأمة الاجتماعية عن التمشي على المشهور أو الراجح في بعض مسائل الأحكام حتى صار تمشيها عليه لا يوافق مذهبها ومشربها، فرجح بعض الأئمة الأخذ ببعض الأقوال الضعيفة في جزئيات من المسائل مراعاة للحال والمصلحة، وتابعه الناس على ذلك، وصاروا يرجحون بعض الأقوال الضعيفة في بعض المسائل كلما اقتضى الحال ذلك). (5)

73 - إن هذا الرأي القائل بأن ظهور نظرية العمل كان من موجبات هرم الفقه وكان نتيجة لضعف الأمة العام السياسي والاجتماعي، لا يسلم وذلك أننا إذا وضعنا أمامنا الحقائق التالية يظهر لنا عكس هذا الرأي، وهو

(4) مقال يتعلق بالعمل في أحكام الفقهاء المتأخرين للمفتي السلاوي أبي بكر زنيبر - منشور بملحق جريدة المغرب للثقافة المغربية العدد 2 ص 20 - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للأستاذ الحجوي 227/4.

(5) مقال أبي بكر زنيبر السابق.

أن ظهور نظرية العمل وتطبيقها كان من موجبات ازدهار الفقه وبعث روح الحياة والشباب فيه.

فمن هذه الحقائق :

1 - إن نظرية العمل وقع العمل بها في بلاد المغرب ونشأت بالتدريج عبر قرون متعددة، ولا علاقة لنظرية العمل بما حصل في الشرق الإسلامي من الضعف العام السياسي والاجتماعي والثقافي خلال عصر الانحطاط (فترات المغول والصليبيين والأتراك) وما ترتب عن ذلك من جمود، لأن المغرب حفظه الله من المغول وانتصر على الصليبيين في معركة وادي المخازن، ولم يدخل في حكم الأتراك، ثم إن عصر الانحطاط في المغرب تأخر جدا عن عصر الانحطاط في المشرق، وأن الدولة المغربية بقيت قوية سياسيا واقتصاديا بالنسبة لدول المشرق، وإن نظرية العمل تحددت معالمها خلال ازدهار الدولة المغربية (عصر المرينيين والسعديين وأوائل الدولة العلوية).

ونظرية العمل بنت المغرب، ووقع التوسع فيها بعدما رجعت لعلم الفروع مكانته التي كانت له في عصر المرابطين وقضي عليها خلال عصر الموحيدين ولما جاء المرينيون ساعدوا على ازدهار الفقه فكثر الفقهاء، وفي عصر السعديين تميز فقه العمل وازدهر. (6)

2 - إن نظرية العمل فسحة من فسخ الشريعة الإسلامية التي تدل على مزيد استعاداتها للتطور وصلاحياتها لكل زمان ومكان، وقابليتها للتجديد والاجتهاد، ولكن مع مراعاة الضوابط المطلوبة لنظرية العمل.

3 - إن نظرية العمل التي ندافع عنها هي المنهج العام المرن المتطور، التي نحاول بعون الله تعالى جمع شتاتها في هذه الرسالة، أما المسائل الجزئية التطبيقية، فتلك حلول وقتية يجوز تركها إذا لم تؤد إلى المقاصد

(6) انظر تاريخ التشريع الإسلامي للأستاذ حماد العراقي ص 129 وما بعدها والنبوغ المغربي في الأدب العربي للأستاذ عبد الله كئون 188/1 وما بعدها.

الشرعية، واستنباط حلول أخرى بدلا منها وفق منهج نظرية العمل أي مراعاة الضوابط العامة لنظرية العمل، فالمسائل الجزئية لا يلزم الجمود عليها بل العمل بها مرتبط بوجود موجبها، فإذا انتفى الموجب رجع الأمر إلى الحكم بالمشهور.

4 - إن لجنة (7) علماء الفقه التي كلفت بتقنين أحكام الأحوال الشخصية في المغرب اعتمدت كثيرا على فقه العمل، وكانت تنص في آخر عدة كتب من المدونة على أن : (كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك). (8)

وقد ذكر مقرر اللجنة الأستاذ علال الفاسي في دباجة التقرير : (إن من أطراف ما اهتدى إليه فقهاء المغرب نظام (العمل) أي ما جرى به العمل من أقوال الفقهاء قياسا على ما مشى عليه الإمام مالك في عمل أهل المدينة). (9)

5 - ويذهب أيضا إلى أن نظرية العمل ليست من موجبات هرم الفقه، فقهاء أوروبيون من الذين لهم اطلاع واسع على الفقه المقارن والذين هم من أبناء المدينة الأوربية الحديثة.

ويستفاد هذا مما ذكره المسيو (ميو) : من أن الفقه المالكي ولا سيما في المغرب قد بلغ إلى الذروة من الأصالة والشمول، وذلك عن طريق مسائل العمل، التي برهنت عن تفتح العقلية الفقهية المغربية، وأنهم بسبب ذلك قد حلوا مسائل عويصة كما في مسألة بيع الصفقة التي يعاني منها الأوروبيون كثيرا من المشاق إذ عندهم دور وقصور أصبحت عرضة للتلف أو يستبد بها أحد الشركاء ولا يمكن للباقي من ملاكها أن يفعلوا شيئا،

(7) أعضاء اللجنة هم السادة : واضع المشروع : حماد العراقي - المقرر : علال الفاسي - الأعضاء الآخرون : محمد بن العربي العلوي - المختار السوسي - محمد داود - أحمد البدراوي - عبد الرحمان الشفشاوني - المهدي العلوي - عبد الواحد العلوي - الحسين بلبشير -

(8) الفصول : 82 - 172 - 216 - 297.

(9) شرح قانون الزواج المغربي للأستاذ حماد العراقي ص 48.

ويقول المسيو (ميو) أنه لابد أننا سنأخذ بمسألة بيع الصفقة في يوم ما. (10)

وقد قام هذا البروفيسور في العقد الرابع من هذا القرن بلفت انتباه الأوساط الفقهية في كليات الحقوق بالجزائر، وكذا في محاكمها لتجاهلهم وعدم أخذهم بمسائل العمل، إلى أنه يجب الاعتماد أيضا على ما يعرف (بعمل الغرب) إلى جانب الأقسام الأخرى التي هي المشهور في المذهب المالكي، وعمل المحاكم الفرنسية في القطر الجزائري. (11)

75 - ونذكر أيضا رأي المسيو (سردون) حول أهمية فقه العمل حيث قال (إن مجرد الإلمام بالدواوين الموروثة عن إسبانيا الإسلامية تفيد القارئ أن الفقه المالكي ينقسم إلى قسمين فيما يرجع لما به الحكم :

القسم الأول : المشهور : ويعنون به الأقضية الصادرة من المتقدمين.

القاسم الثاني : العمل : يريدون به أقضية المتأخرين ومن بابه دخل التجديد على مذهب مالك، ومما هو حري بالعجب أن الجزائر لم تتمسك من هذه الناحية إلا بالمشهور سواء من جهة الفقه والبحث أو من جهة النوازل، ولعل السبب فيه ما تقرر عند فقهاء الأندلس قاطبة من أن ما دون بمختصر خليل هو من حيز المشهور، فبان مما تقدم أن الكلية الفرنسية الجزائرية فيما يرجع للفقه الإسلامي جهلت وما زالت تجهل إلى اليوم العمل الجديد الطارئ على مذهب مالك مما هو مدون في كتب النوازل، كالمعيار وما ضاهاه، المؤلفة بعد القرن العاشر والذي يليه ميلادية، وهذا من النقصان بمكان في جانب الكلية المذكورة إذا علمنا أن هذا العمل الجديد بما اشتمل عليه من شتى القضايا كشف لنا الغطاء عما أحرزت عليه إسبانيا الإسلامية من درجات الرقي... وأن التفرقة بين المشهور من جهة والعمل

(10) مجلة العربي عدد 152 ص 23.

(11) المجلة المغربية للقوانين والمذاهب الأهلية العدد 6 - 7 لسنة 1937 - 1938 ص 17.

من الجهة الأخرى نجدها مقررة أيما تقرير في جميع الدواوين الفقهية الأندلسية نخص منها بالذكر ما قاله. عبد الحق بن سهل قاضي القضاة بقرطبة في أحكامه الكبرى ونصه : (إن خروج القاضي عن العمل الجاري داخل إيالته يعتبر موجبا لإلغاء حكمه). ولا ننسى إلى جانب هذا ما تقرر في مذهب مالك من أن أحكام القضاة قابلة للتعقب، الأمر الذي تم به الترجيح للعمل على المشهور..

ونرى مع نوع من العجب تمادي الكلية الجزائرية ومحكمة استئنافها العليا على الاقتصار على العمل بالمشهور.

ويختتم المسيو (سردون) رأيه هذا بقوله : إن معرفة العمل وتعليمه هو والمشهور يكشفان اللثام عن وجه المذهب المالكي وبذلك يظهر جليا للعيان أن الأخذ بالعمل وانتهاج سبيله هو الملائم من جميع الوجوه للحالة الحاضرة التي عليها إفريقيا الشمالية الفرنسية، وكذا لما حدث في القطر الجزائري والإيالة التونسية من تكوين ونمو طبقة متحضرة كانت من قبل لا توجد إلا في المغرب وعليه فإننا نرى (والحال كما ذكرنا) أنه يجمل بفرنسا أن تفتح الباب على مصراعيه لتوسيع دائرة الجهود في تعليم هذا القسم من الفقه لأن باب الاجتهاد لم يعلق إلا فيما يمس المشهور بالمعنى الذي أسلفناه). (12) هـ بشيء من التصرف.

76 - سقنا هذا النص على طوله لبيان وجهة نظر بعض الفقهاء الأوروبيين الذين خالطوا ودرسوا المذهب المالكي، وقارنوا بين الشرائع نستفيد منه أن فقه العمل لم يكن تعبيرا عن فترة التأخر والانحطاط كما قال المفتي أبو بكر زنير، ولم يكن من موجبات هرم الفقه كما قال الفقيه الباحث محمد الحجوي.

(12) مقال منشور بالمجلة المغربية للقوانين والمذاهب الأهلية - المرجع السابق نفس العدد والصحيفة.

77 - ويتضح من كل ما تقدم من الاستدلالات أن فقه العمل هو الذي بعث الحيوية والشباب في الفقه، لأنه بعدما سد باب الاجتهاد المطلق، وأخذ الجمود يتسرب إلى ميدان الفقه، قام الفقهاء في الأندلس والمغرب عن طريق نظرية العمل بإبعاد ذلك الجمود.

الفصل الثاني

أنواع العمل عند الفقهاء المتأخرين

78 - يطلق لفظ (وبه العمل) أو المعمول به) أو (هذا ما جرى به العمل) في كتب الفقه المالكي على عدة أنواع من الأحكام.

أولاً : تطلق تلك المصطلحات على الأقوال الضعيفة أو الشاذة التي يجري العرف بها، أو تقتضيها الضرورة أو المصلحة أو غيرها من الموجبات ثم يفتي بها مفت أو يحكم بها قاض كل منهما مشهور بالعلم والتقوى، ثم يقتدي الفقهاء بذلك عندما تستمر الأسباب والموجبات، وهذا النوع هو المشهور بمصطلح (ما جرى به العمل) أو (المعمول به) أو (وبه العمل) ويوجد في نظم عبد الرحمان الفاسي لعمل فاس وفي كتب النوازل.

ثانياً : قد تطلق تلك المصطلحات لا على الأقوال الضعيفة بل على الأقوال القوية الراجحة والمشهورة للإشارة إليها أنه يجب الحكم والإفتاء، وقد ذكر هذا النوع التسولي حيث قال : (وقد يعبرون بالعمل عما حكمت به الأئمة لرجحانه عندهم لا لعرف ولا لمصلحة ومنه قول خليل : (وهل يراعى حيث المدعى عليه وبه عمل، وفيها الإطلاق وعمل به) وهو كثير في هذا النظم - أي نظم تحفة ابن عاصم - وغيره(13) وكثيرا ما يشير الشيخ خليل في المختصر إلى هذا القسم بـ اختيار، واستظهر ورجح واستحسن، وقال الحجوي(14) إن هذا القسم لا ينتقد وإنما ينتقد القسم الأول في بعض الأحكام التي لم تراعى حتى شروط ذلك القسم.

(13) شرح البهجة على التحفة 21/1.

(14) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي 231/4.

ثالثا : يطلق مصطلح (العمليات) على الكتب التي تجمع المسائل والقواعد التي يكثر العمل بها أمام المحاكم، يقابل ما يعرف اليوم بكتب المسطرة، ومن كتب هذا القسم : تبصرة ابن فرحون ولامية الزقاق وشروحها، والقصد من هذا الإطلاق تمييز هذا الصنف من الكتب، عن كتب الأمهات التي تجمع معظم أبواب الفقه وتجمع كذلك الأقوال التي لا يكثر العمل بها ولا تروج أمام المحاكم إلا نادرا، ومن أشهر كتب الأمهات مختصر خليل مع شروحه، وتحفة ابن عاصم ومختصر ابن الحاجب الفرعي.

79 - ومن جهة أخرى ينقسم فقه العمل إلى قسمين : خاص ومطلق.

فالقسم الخاص : هي الأحكام التي يراعى فيها البيئة المكانية أي يكون مستندها هو العرف، فلا تطبق هذه الأحكام إلا في البلدة التي جرى فيها ذلك العرف الذي استندت إليه تلك الأحكام، أما البلاد الأخرى التي لم يجر فيها ذلك فلا تطبق فيها تلك الأحكام.

ومن أجل التمييز والتخصيص يقرن بالحكم أو الفتوى بالبلدة التي جرى فيها ذلك الحكم أو تلك الفتوى كقرطبة وفاس وتونس.

فقد ذكر الزقاق بلدة فاس لما استعرض المسائل التي جرى بها العمل في فاس حيث قال :

وفي البلدة الغراء فاس وربنا

يقي أهلها من كل داء تفضلا

جرى عمل باللائي ثاني كما جرى

بأندلس بالبعض منها فاصلا

ونمثل لذكر البلدان بإزاء الحكم الذي جرى به العمل فيها ما أورده

السجلماسي قال :

وإن يطلق مرضعا فإنما

عليه أجرة الرضاع للنما

وكسوة المولود لا زالت، ولا
شيء من الأشياء غير ما خلا
هذا الذي الفتوى به بقرطبة
وإن على حاضنة زوج عقد
فبالدخول استوجبت نزع الولد
منها وفي تونس أجرا جعلوا
ذا خفة لها على ما تكفل

80 - ومن أشهر الكتب التي تتضمن العمل الخاص نظم الشيخ عبد
الرحمان الفاسي بالنسبة لفاس وأهم المدن المغربية.
وكتاب البادية للشيخ محمد المامي الشنيطي بالنسبة لأقاليم الصحراء،
حيث ذكر حلولاً لأهم مشاكل سكان الصحراء : كاكتراء فصائل الإبل أو
الناقة الحلوب أو الإطعام بالمناوبة، أو اتخاذ بعض الأماكن مصلى كظل
شجرة ونحوها، هل له حرمة المسجد المشيد أم لا. (15)
وكذلك نوازل العلمي بالنسبة لإقليم جبالة، ونظم الجشتيمي ونوازل
العباسي بالنسبة لإقليم سوس، فإن عمل سوس في شأن الجهاز الذي يقوم
به الأب من ماله هو أن ذلك الجهاز يكون سلفاً، يجوز للأب ولورثته أن
يطالبوا باسترداد قيمته، وقد صرح بهذا الشيخ العباسي في أجوبته (16)
والشيخ الجشتيمي في نظمه إذ قال :

أما جهاز سوسنا فيرجع
إلى أبيها كله لا يمنع
لأنه مقصوده ما قد كتب
في عقده من الجهاز لم يهب

(15) مقال الاجتهاد في تاريخ التشريع الإسلامي بموريطانيا - للأستاذ محمد المختار ولد باه -
منشور بمجلة الفكر الإسلامي اللبنانية عدد 10 سنة 7 ص 71 - 72.

(16) ج 1 ص 76.

من الضلال البين الحكم به
لغيره وليس بالمشتبه

وهذا كله على خلاف عمل فاس ونواحيها، فإن عرفهم أن الجهاز من
تمام الصداق فلا مطمع فيه لغير الزوجة. (17)

القسم المطلق :

81 - لا يختص ببلدة واحدة، لأنه في الغالب لا يرتبط بالعرف الخاص
بل يكون أساسه إما العرف العام، أو تبذل المصالح والعلل، أو فساد الزمان
أو تطور الأوضاع العامة.

وقد ألف الشيخ السجلماسي كتابا يعرف (بالعمل المطلق) قصد به جمع
الأحكام التي وصفت بالمعمول به أو إنه قد عمل بها، دون أن يراعي
شروط العمل الخاص والعمل المطلق فهو يتبع الألفاظ، لذا نجده قد ذكر
في كتابه عمل قرطبة وعمل فاس وعمل تونس، وهي من قسم العمل
الخاص، كما ذكر في كتابه أحكاما أخرى مطلقة غير مبنية على عرف
إقليم خاص.

(17) المرجع السابق 76/1 - والمنهل العذب السلسبيل 290/1.

الفصل الثالث

عمل قرطبة والأندلس

بعدما أصبح القضاة مقلدين، ونظرا لتعدد المذاهب والأقوال، ورغبة في توحيد مذهب القضاء، اشترط أهل قرطبة على القاضي الحكم بقول معين وهو قول ابن القاسم وما عليه أهل الإقليم (فرع أول).

وقد ثار خلاف بين الفقهاء حول شرط أهل قرطبة أي الحكم بقول معين (فرع ثان) ومن أهم المنتقدين لشرط أهل قرطبة وعملها الشيخان : المقري صاحب القواعد، والمسناوي، ويقتضي انتقادهما الرد عليهما (فرع ثالث).

ولابد من ذكر الفترة الزمنية التي بدأ فيها الأخذ بعمل أهل قرطبة والأندلس، وكيف تطور ذلك (فرع رابع).

والتزام قول معين (قول ابن القاسم) لم يكن يقتضي الجمود، بل إذا تطورت الأوضاع وتجددت الأعراف جاز مخالفة مذهب الإمام الأكبر (مالك). ومخالفة قول تلميذه (ابن القاسم) (فرع خامس).

الفرع الأول : شرط أهل قرطبة وعوامل فرضه.

82 - إن الفقه الإسلامي بمجموع مذاهبه ثروة فقهية هامة، ومجموع آراء وحلول متعددة، وإذا كان للفرد في قرارة نفسه أن يأخذ بأي حكم من تلك الأحكام لأنها كلها مستنبطة من أصول الشريعة (الكتاب والسنة) وما أرشد إليه هذان الأصلان من مصادر أخرى كالإجماع والقياس والمصلحة المرسلة وغير ذلك من المصادر. فإن فصل النزاع بين الخصوم يقتضي توحيد مذهب القضاء.

فما هي الطرق التي كانت متبعة لتوحيد مذهب القضاء ؟
في عصور الاجتهاد الأولى كان مذهب القضاء موكولا إلى القاضي يحكم
في كل قضية بحسب اختياره واجتهاده. إذا كان هذا الطريق مقبولا في تلك
العصور لبساطة القضايا وقلة التفاريع وكثرة المجتهدين والعلماء، ووجود
القضاة المتدينين النزهاء، فإن العصور التالية لذلك قد تغيرت فيها
الأوضاع، بتعدد القضايا وكثرة التفاريع والأقوال، وانخفاض المستوى
الاجتهادي، وانحطاط أخلاقية القضاة وتدينهم.

كيف أصبح يحل هذا المشكل ؟

لقد عمل أهل قرطبة والأندلس على حل هذا المشكل بفرض شرط على
القاضي. فما هو شرط أهل قرطبة ؟

83 - شرط أهل قرطبة هو ما ذكره الباجي وغيره : من أن الولاية بقرطبة
كانوا إذا ولوا القضاء رجلا شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن مذهب ابن
القاسم (18) ثم ما عليه أهل الإقليم. وجاء في الدر النثير أنه كان يؤخذ في
قرطبة على القضاة أن لا يحكموا بغير المشهور وبخلاف ما جرى به العمل،
ويشترط عليهم ذلك في عهودهم، (19) والمشهور في الإطلاق القديم كما سبق
القول هو مذهب ابن القاسم. وكان المقصود من هذا الشرط هو توحيد
مذهب القضاء ومنع القاضي من أن يحكم بحسب اجتهاده للعوامل
والأسباب المذكورة سابقا. فكان مذهب إليه ابن القاسم هو مشهور المذهب
وما ذهب إليه غيره يعتبر شاذا وضعيفا.

وكان الأصل هو الحكم بالمشهور، ولكن مراعاة لبعض الظروف
والأحوال فإنهم كانوا يخالفون المشهور ويأخذون بالشاذ، إلا أن الأخذ
بالشاذ كان عندهم مقيدا بشروط، حفاظا على وحدة مذهب القضاء وسدا

(18) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للشيخ محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب م 23/ص 5

الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للأستاذ الحجوي 2/212.

(19) شرح عمر الفاسي، على لامية الزقاق ص 293.

للذريعة أمام قضاة السوء والمفتين المجانين، وخلال خمسة قرون من تطبيق لمذهب مالك في الأندلس لم يخالفوه إلا في نحو ست مسائل ولم يخالفوا ابن القاسم إلا في نحو ثمانية عشرة مسألة، وسميت هذه المسائل التي خولف فيها مالك وابن القاسم بمسائل جرى بها العمل، وقبل ذكرها نستعرض أولاً آراء الفقهاء حول الشرط الذي يلزم القاضي الحكم بمذهب معين (مذهب أهل الإقليم).

الفرع الثاني : آراء الفقهاء حول شرط أهل قرطبة.

84 - إن الشرط الذي يوجب على القاضي أن يحكم بمذهب أمام معين كالْمذهب المالكي أو الشافعي أو غيرهما أو كما فعل أهل قرطبة باشتراطهم على القاضي الحكم بمذهب ابن القاسم، فإن معظم الفقهاء رفضوا هذا الشرط إذا كان القاضي مجتهدا وكذلك إذا كان مقلدا لكنه اشترط عليه أن يقضي بغير مذهب أمامه الذي يعتقد صحته، كالمالكي اشترط عليه أن يقضي بالمذهب الشافعي مثلا، لأنه سيقضي بما هو باطل في رأيه لأن قضاء المقلد بغير مذهب أمامه قضاء بغير ما يراه.

وأجاز الجمهور ذلك الشرط إذا كان القاضي مقلدا واشترط عليه الحكم بمذهب أمامه كالمقلد المالكي اشترط عليه الحكم بمذهب الإمام مالك.

85 - وقد فصل هذه الآراء الشيخ الخطاب (20) في شرح المختصر وفي الالتزامات فذكر أنه لو اشترط على القاضي الحكم بما يراه الحاكم من مذهب

(20) الخطاب : هو محمد بن محمد بن عبد الرحمان بن حسن الرعيني المغربي الأصل المكي المولد شهر بالخطاب، أخذ الفقه وغيره عن جماعة منهم والده الخطاب الكبير وأحمد بن عبد الغفار ومحمد بن عراق النويري وغيرهم، وأخذ عنه ولده يحيى الخطاب وعبد الرحمان التاجوري ومحمد القيسي وغيرهم، ألف شرحا لمختصر خليل، مات عنه مسودة، فبيضه ولده الشيخ يحيى، واختلف في كتاب مسائل الالتزام هل له أم لولده يحيى، وله مؤلفات أخرى توفي سنة 955 - نيل الابتهاج لأحمد بابا ص 337.

معين أو اجتهاد له، كان الشرط باطلا، وصح العقد، وهكذا نقله في الجواهر عن الطرطوشي ونقله الشيخ خليل في التوضيح، وهو خلاف ما نقله ابن فرحون في تبصرته عن الطرطوشي، أن العقد باطل والشرط باطل، قالوا : وهذا إنما هو إذا كان القاضي مجتهدا وكذلك فرض المازري المسألة في المجتهد أيضا. وإذا كان الإمام مقلدا وكان متبعا لمذهب مالك، واضطر إلى ولاية قاض مقلد، لم يحرم على الإمام أن يأمره بالقضاء بين الناس بمذهب مالك ويأمره أن لا يتعدى في قضائه مذهب مالك لما يراه من المصلحة في أن يقضي بين الناس بما عليه أهل الإقليم والبلد الذي ينتمي إليه هذا القاضي، والذي ولي عليهم. وقد ولي سحنون رجلا سمع بعض كلام أهل العراق وأمره أن لا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة. ولما ذكر الباجي شرط أهل قرطبة علق عليه الطرطوشي (21) بقوله : (هذا جهل عظيم منهم) معللا ذلك بأن الحق ليس في شيء معين.

واستدل الحطاب في تحرير الكلام في مسائل الالتزام على بطلان مثل هذا الشرط لأنه مخالف لمقتضى العقد، لأن العقد يقتضي أن يحكم بما هو الحق عنده، وهذا الشرط قد حجر عليه. هذا الرأي يجب أن لا يشمل القاضي المقلد الذي اشترط عليه الحكم بمذهب إمامه، لأنه إذا حكم بذلك فقد حكم بما هو الحق عنده، لأنه يعتقد الحق مع إمامه. (22)

وقال بعض الفقهاء : إن كان القاضي على مذهب مشهور وعليه عمل أهل بلده، نهي عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهدا أداه اجتهاده إلى

(21) الطرطوشي : أبو بكر محمد بن الوليد الفهري نشأ بطرطشة وطلب العلم في الأندلس، وصحب أبا الوليد الباجي بسرقسطة، وأخذ عنه مسائل الخلاف، ثم رحل للمشرق فدخل بغداد والبصرة فأخذ عن أبي بكسر الشاشي وغيره، وسكن الشام ثم الأسكندرية، له تأليف في الأصول ومسائل الخلاف وله كتاب في البدع وله سراج الملوك في السياسة، توفي سنة 520 - الفكر السامي للحجوي 54/4.

(22) هناك من يقول إن التقليد لا يكون في النوازل والمسائل وإنما يكون في أصول المذهب لأن المسائل تختلف فلا بد من الاجتهاد فيها ولو من المقلد.

الخروج عنه لتهمة أن يكون خروجه حيفا أو هوى، قال الحطاب في شرح المختصر : وهذا القول عمل بمقتضى السياسة الشرعية، ومقتضى الأصول خلافه.(23)

فتلخص من هذا أن الأقوال ثلاثة :

1 - الصحة للباجي ولعمل أهل قرطبة ولظاهر شرط سحنون على مذهب من ولاه الحكم أهل المدينة.

2 - البطلان للطروشى.

3 - تصح التولية ويبطل الشرط تخريجا على أحد الأقوال في الشرط الفاسد في البيع.(24)

86 - ما تقدم هو ما وقفنا عليه من آراء الفقهاء حول تقييد الإمام للقاضي أن يحكم بمذهب معين أو رأي فيه كراي ابن القاسم في مذهب مالك، أو عدم تقييده بشيء من ذلك.

والذي نراه أن منشأ ذلك إنما كان راجعا في عصورهم لشيء من الاضطراب في التطبيق القضائي لعدم معرفة الحكم الواجب التطبيق مع تعدد الأحكام في المسألة الواحدة نتيجة اختلاف آراء المجتهدين، وذلك جدير أن يبطل أفكار الناس، ولعل هذا هو السبب في قفل باب الاجتهاد سدا لذريعة الفوضى والاضطراب والحكم بالهوى المقنع بالاجتهاد، وكانوا محقين في ذلك حتى يغلق باب هذه الشرور، ويكون القاضي في أحكامه ملزما بأحكام مذهبه فلا يحيد عنه، وملزما للناس بتلك الأحكام حتى يعرفونها، ويقدر كل إنسان تصرفاته حسب ذلك بحيث يستطيع أن يفهم إن كان في تصرفه خروج على حكم القضاء أم لا.

(23) الحطاب في شرح المختصر 6/98 - 99 وفي تحرير الكلام في مسائل الالتزام - م 23 ص 5.

(24) تكميل التقييد وتحليل التعقيد لابن غازي 4/71 مخطوط الخزانة العامة بالرباط : كت 822.

وقد سبق في العصر الأول للدولة العباسية أن طلب أبو جعفر المنصور وهارون الرشيد من الإمام مالك إلزام الناس والقضاة الحكم بما في الموطأ، لكن الإمام مالك امتنع معللاً ذلك بأن كثيراً من الأحاديث لم يجمعها. وكذلك طلب ابن المقفع من أبي جعفر المنصور أن يأمر بوضع قانون عام لجميع الأمصار يؤخذ من الكتاب والسنة للقضاء على الاختلاف. وقد تطور الأمر في المغرب في العصر الأخير إلى أن أصبح السلاطين ينصون في ظهائر تولية القضاة على وجوب التقيد بالراجح والمشهور وما جرى به العمل من مذهب مالك، وعلى ذلك نص قانون مدونة الأحوال الشخصية عند انعدام النص فيها.

الفرع الثالث : انتقاد المقرئ والمسنوي لشرط أهل قرطبة وللعمل الإقليمي، والرد عليهما.

87 - لما ذكر المقرئ الجد شرط أهل قرطبة المذكور في الفرع السابق، علق عليه قائلاً : (وعلى هذا الشرط ترتب إيجاب عمل القضاة بالأندلس، ثم انتقل إلى المغرب، فبينما نحن ننازع الناس في عمل المدينة ونصيح بأهل الكوفة مع كثرة من نزل بها من علماء الأمة كعلي وابن مسعود ومن كان معهما ثم أنشد :

ليس التكحل في العينين كالـكحل

سنح لنا محض الجمود ومعدن التقليد

يعتي في الاحتجاج بعمل غير من ذكر ممن هو دونه بمراحل، ثم أنشد متأسفاً على ذهاب العلم وانقراض أهله وصيرورة الجهال رؤساء: (25)

الله آخر مدتي فتأخرت

حتى رأيت من الزمان عجائباً

(25) نوازل المسنوي ص 135.

ثم قال : يالله وللمسلمين ذهبت قرطبة وأهلها، ولم يبرح من الناس جهلها ما هذا إلا لأن الشيطان يسعى في محو الحق فينسيه والباطل لا يزال يلقيه ويلقيه ألا ترى خصال الجاهلية كالنياحة والتفاخر والتكاثر والطعن والتفضيل والكهانة والنجوم والخط والتشاؤم وما أشبه ذلك وأسمائها كالعتمة ويثرب وكذا التنايز بالألقاب وغيره مما نهى عنه وحذر منه، كيف لم تنزل من أهلها وانتقلت إلى غيرهم مع تيسر أمرها حتى كأنهم لا يرفعون بالدين رأساً بل يجعلون العادات القديمة أساً وكذلك محبة الشعر والتلحين والنسب وما انخرط في هذا السلك ثابتة الموقع من القلوب والشرع له مبينا منذ سبعمائة وسبع وستين لانحفظه إلا قولاً ولا نحمله إلا كلاً). (26)

88 - قال الشيخ ابن غازي بعد ذكر كلام المقرئ : (وحدثني ثقة ممن لقيت أنه لما قدم مدينة فاس العلامة أبو يحيى الشريف التلمساني وتصدى لإقراء التفسير بالبلد الجديد وأمر السلطان أبو سعيد المريني الحفيد أعيان الفقهاء بحضور مجلسه كان مما ألقاه إليهم منزع المقرئ هذا، فبالغوا في إنكاره ورأوا أنه لا معدل عما عول عليه زعماء الفقهاء كابن رشد وأصحاب الوثائق كالميتطي من اعتماد عمل أهل قرطبة ومن في معناهم). (27)

89 - ويقارب اتجاه المقرئ في عدم الأخذ بما جرى به العمل الشيخ المسناوي حيث يذكر أن : (عمل أئمة المساجد من الفقهاء وغيرهم ممن أدركنا لا يستدل به إلا غوغاء العامة ممن لم يستضيء بنور العلم ولا منح شيئاً من العقل والفهم، إذ لم يقل أحد من الأئمة أن عمل أمثال أولئك مما يجب الرجوع إليه، ولا أن إجماعهم بعد ثوبته حجة فيعتمد عليه، وإنما قال بذلك الإمام مالك في عمل أهل المدينة وإجماعهم على خبط وبحث فيه بين

(26) نفح الطيب للشيخ أحمد المقرئ الحفيد 1/556 وما بعدها شرح عمر الفاسي على لامية الرزاق ص 292.

تكميل التقييد وتحليل التعقيد لابن غازي مخطوط بالخزانة العامة بالرباط. كت 822.

(27) المرجع السابق.

المالكية وبين المخالفين من أرباب المذاهب كما هو مبين في المدارك لعياض وغيرها ويرحم الله الإمام العلامة القاضي أبا عبد الله المقرئ إذ قال في قواعده فيما يشبه ما الكلام فيه : «بينما نحن ننازع الناس في عمل أهل المدينة» إلى آخر ما نقلناه سابقا من كلام المقرئ.

90 - إن رأي الإمامين المقرئ والمسنوي في عدم الأخذ بما جرى به العمل يجب أن لا يفهم على إطلاقه، بل يفهم رأيهما على أساس أن ما جرى به العمل هو عادات وأعراف العوام، وبعض الأقضية والفتاوي التي صدرت معظمها جورا من قضاة ومفتين غير مؤهلين، وكذا بعض البدع التي يحدثها بعض أئمة المساجد والفقهاء وغيرهم في أمور العبادات. لأن قول المقرئ : (بل يجعلون العادات القديمة أسا وكذلك محبة الشعر والتلحين) واضح في أن المقصود هو عرف العوام لا ما جرى به العمل.

ثم إن قول المسنوي جاء في معرض جواب يتعلق بالتكبير الذي يكون عقب المكتوبات من أيام النحر؛ كيف يكبر الإمام هل على حال استقباله أو حتى ينصرف بوجهه إلى الناس، ومعلوم أن ما جرى به العمل في المفهوم الذي نبخته لا دخل له في أمور العبادات، لأن العبادات تثبت بالنص الصريح ولا تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة كما هو شأن المعاملات، لأن نظرية ما جرى به العمل دائرتها محدودة في أمور المعاملات الاجتهادية، تلك المعاملات التي تتغير وتتبدل، فإن الأحكام المبنية عليها تتغير بدورها، وذلك لكي يتحقق مقصود الشارع من تشريع أحكام المعاملات، لأن المعاملات مبنية على دفع المضار وجلب المصالح، نعم تتدخل نظرية ما جرى به العمل في وسائل العادات لا في العبادات نفسها، لأن تلك الوسائل لاتمس جوهر العبادات، ثم جريان العمل بتلك الوسائل يجعل إقامة العبادات يكون على وجه أتم وأكمل مما لو أقيمت تلك العبادات بدون وسائل، مثلا بناء المآذن

ورفعها ووضع علم أبيض فوقها، ومكبرات الصوت في المساجد الكبرى كل ذلك وسائل يسهل العبادة بمعرفة الوقت عند رؤية العلم، وبسماع خطبة الجمعة أو الأذان عند تكبير الصوت، إن انتقاد المقرري والمسنأوي لما جرى به العمل يجب قصره على الأعراف والبدع المنافية لأصول الشريعة الإسلامية، وأما ما جرى به العمل حسب التعريف والشروط التي تحدده بأنه : (القول الذي حكم به قضاة متأهلون مشهورون بالمعرفة والاطلاع الواسع والذكاء في تطبيق المسائل على نصوصها إلى جانب نزاهتهم)(28) وبأن يتوفر على شروط أهمها :

أ - عدم ضعف مأخذه.

ب - وأن يكون قابلا للاندراج تحت أصل عام شرعي.

ج - وأن يكون هناك موجب اجتماعي لترجيح الحكم به.

د - وأن يستمر هذا الموجب عند كل حكم بمقتضاه.

ثم إن ما جرى به العمل في الغالب موجود في المذهب، إلا أنه يكون قولاً ضعيفاً أو شاذاً إذ يعارضه قول راجح أو مشهور فيأتي فقيه مؤهل فيحكم أو يفتي بقول شاذ أو ضعيف لموجب اقتضى ذلك كالضرورة أو المصلحة أو العرف إلى غير ذلك من الموجبات، وعليه فلا معنى لانتقاد نظرية الأخذ بما جرى به العمل التي هي بهذا المفهوم.

والمسنأوي يعترف بنظرية العمل حسب المفهوم الذي نقرره إذ ورد عنه ما يلي: (وإذا جرى العمل ممن يقتدى به بمخالف المشهور لمصلحة وسبب فالواقع في كلامهم أنه يعمل بما جرى به العمل وإن كان مخالفاً للمشهور،

(28) التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية للأستاذ علال الفاسي ص 7 طبعة سطنسيل - شرح ميارة على لامية الزقاق - م 45 ص 3.

وهذا ظاهر إذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب وإلا فالواجب الرجوع إلى المشهور هذا هو الظاهر). (29)

الفرع الرابع : بداية الأخذ بما جرى به العمل في الأندلس وتطور ذلك.

91 - ظهر مذهب مالك في الأندلس أيام هشام بن عبد الرحمان الأموي أمير الأندلس وجاء ابنه الحكم فأصدر منشورا قرر فيه وجوب التمسك بمذهب مالك، (30) وكان الأخذ أول الأمر مقصورا على المشهور والراجح، ومع ذلك فقد احتفظ الفقهاء بالأقوال الشاذة والضعيفة حرصا على أمانة النقل واعتبارا لمن استنبطها وعمل جهده في استخراجها من مظانها، وقد يلجأ الحال إلى الأخذ ببعض تلك الأقوال الضعيفة أو الشاذة لعروض ما يقتضي ذلك في بعض الجزئيات، وربما اعتضد بقول من تلك الأقوال من له قوة على الترجيح، ومن ثم جرى العمل في بعض المسائل بخلاف المشهور.

وبظهور أسباب جديدة اضطر الفقهاء إلى إحداث أقضية جديدة فأخذوا يرجحون بعض الأقوال الضعيفة في بعض المسائل كلما اقتضى الحال ذلك فصار هذا النوع من التشريع يعمل به تدريجيا لا دفعة واحدة، والمستند العام في ذلك قول الإمام عمر بن عبد العزيز: (تحدث للناس اقضية بقدر ما أحدثوا من فجور) وزاد عز الدين بن عبد السلام (31): (وأحكام بقدر ما يحدثون من السياسات والمعاملات والإحتياطات، قال وهي على القوانين

(29) حاشية بناني على الزرقاني شرح مختصر خليل 124/7.

(30) الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية لمحمد المير 83/1 وما بعدها.

(31) عز الدين بن عبد السلام : هو أبو محمد عبد العزيز بن عبد السلام السلمي المقدسي ثم الدمشقي ثم المصري الملقب سلطان العلماء، ومن تأليفه القواعد الكبرى واختصارها ومجاز القرآن وغيرها، توفي سنة 660 - الفكر السامي للحجوي 169/4.

الأول غير أن الأسباب تجددت ولم تكن فيما سلف، يقول: فإذا وجدت وجب إعتبارها). (32)

وكان إبتداء العمل بهذه القوال الضعيفة بجزيرة الأندلس بناء على أسباب وموجبات تقتضي العدول عن المشهور إلى الأخذ بالضعيف والشاذ كحالة الضرورة أو تبدل المصلحة أو العرف.

ولانعلم بالظبط أو التدقيق التاريخ الذي بدا به هذا العمل وغاية ما يعطيه التقدير والتخمين أن ذلك كان حوالي القرن الرابع الهجري، ويدل لهذا أمور:

أولاً : أن الدولة الأموية كانت قبل القرن الرابع ما زالت حريصة على متابعة الأقوال المشهورة والراجحة في المذهب المالكي فتقتضي هذه الحالة أن الحكام هناك لم يقلدوا الأقوال الضعيفة حتى زالت عنهم تلك الرقابة التي كانت مسلطة عليهم من قبل الأمويين.

ثانياً : إن شأن التشريعات لاتظهر فجواتها ولا الحاجة إلى تنقيحها أو تعديلها إلا بعد مرور فترة زمنية على تطبيقها ودراستها، وحينئذ يشعر الفقهاء الدارسون لها أو الذين يطبقونها ما في تلك التشريعات من نقص وما يحتاج منه إلى تعديل، وهذا ما حصل عند تطبيق المذهب المالكي في الأندلس فانكبوا على دراسته وتطبيقه ثم ظهرت لهم أثناء التطبيق الحاجة إلى ترك قول مشهور، والأخذ بقول ضعيف أو بقول خارج المذهب المالكي.

ثالثاً : ورد عن الشيخ أحمد بن سعيد الهمداني المعروف بابن الهندي الأندلسي (ت 399هـ) أحد أهل الشورى في الأحكام، أنه نص على جريان العمل بالقول بإعطاء الخصم نسخة من حجج خصمه سواء كانت مشكلة أم لا،

(32) قواعد المقرئ مخطوط بمكتبة دار الحديث الحسنية رقم 4898.

خلافًا للمشهور في المذهب المالكي وهو أن لاتعطى النسخ إلا إذا كانت مشكلة وقد كان هذا الإمام يعيش في القرن الرابع الهجري. (33)

وقد استمرت مسائل العمل تتوارد في الأندلس حتى بلغت في أوائل القرن السادس الهجري حسب ما جاء في كتاب مفيد الحكام في نوازل الأحكام لأحمد بن هشام الغرناطي (530هـ) اثنين وعشرين مسألة فألفوا في أربع منها مذهب مالك... وفي ثماني عشرة مسألة مذهب ابن القاسم. (34)

الفرع الخامس : المسائل التي خالف فيها الأندلسيون مذهب مالك وابن القاسم.

أ - ما خالفوا فيه مذهب مالك :

92 - خالفوا مذهب مالك في مسائل ذكر منها ابن هشام في المفيد أربعة، وزاد بعضهم اثنين حسبما جاء في تكميل التقييد لابن غازي. وهذه المسائل هي :

1 - ذهب مالك وكافة أصحابه إلى أنه لا تجب اليمين إلا إذا كانت هناك خلطة بين المدعي والمدعى عليه، غير أن الأندلسيين لا يعتبرون خلطة، ويوجبون اليمين بمجرد الدعوى وعليه العمل اليوم وهو مذهب الليث.

2 - مذهب مالك عدم جواز غرس الشجر في المساجد، وعمل الأندلسيين جواز غرسه، وهو مذهب الأوزعي.

3 - مذهب مالك عدم جواز كراء الأرض بما يخرج منها، وعمل الأندلسيين الجواز وهو مذهب الليث.

(33) مقالات تتعلق بأحكام العمل عند الفقهاء المتأخرين لأبي بكر زنيبر - نشرت في ملحق جريدة المغرب للثقافة المغربية العدد 2 ص 20.

(34) المرجع السابق العدد 4 ص 55 - 56.

4 - جرى عمل الأندلسيين بعدم الحكم باليمين مع الشاهد وهو خلاف المذهب.

5 - جرى عمل الأندلسيين بأن يرفع المؤذن صوته أول الأذان.

6 - مذهب مالك أن للفرس سهمين اثنين في الغنيمة ولراكبه سهم واحد، وجرى عمل الأندلسيين بسهم واحد للفرس. وسهمين للفرس. وفي هذه النظائر قال الشيخ ابن غازي (35) في باب الجهاد من تكميل التقييد وتحليل التعقيد. (36)

قد خولف المذهب بالأندلس
في ستة : منهن سهم الفرس
وغرس الأشجار لذا المساجد
والحكم باليمين قل والشاهد
وخلطة والأرض بالجزء تلي
ورفع تكبير الأذان الأول

93 - ب - ما خالفوا فيه مذهب ابن القاسم :

خالف الأندلسيون مذهب ابن القاسم في ثماني عشرة مسألة وهي :

1 - مراعاة الكفء في النكاح في المال والحال.

(35) ابن غازي : أبو عبد الله محمد بن أحمد العثماني الكناسي ثم الفاسي له تأليف منها تكميل التقييد وتحليل التعقيد في الفقه، والمنية منظومة في الحساب وحاشية على الألفية وتقريرات على الشاطبية، ونظم مشكلات الرسالة، مرض أثناء حراسته للثغور المغربية وجيء به لفاس فتوفي سنة 919 - الفكر السامي للحجوي 100/4 شجرة النور الزكية لمخلوف ص 276.

(36) انظر المعيار الجديد للمهدي الوزاني 187/8.

شرح ميارة على تحفة ابن عاصم 21/1.

المفيد لابن هشام ص 236 مخطوط بالخزانة العامة بالرباط رقم 805 الأوقاف.

- 2 - إن ما التزمته المالكة أمر نفسها في الخلع من نفقة ولدها
الحولين (37) لازما وهذان القولان هما للمغيرة المخزومي. (38)
- 3 - ان لا يلزم إلا خدام إلا في ذات القدر وهو قول ابن الماجشون.
- 4 - جواز أخذ الأجرة في الإمامة على الفريضة والنافلة وهو قول ابن عبد
الحكم.
- 5 - جواز بيع كتب الفقه وهو قول أكثر أصحاب مالك.
- 6 - جواز أفعال السفية الذي لم يول عليه، وهو قول مالك (39)
- 7 - جواز التفاضل في المزارعة إذا سلمت من كراء الأرض بالطعام أو
ببعض ما يخرج منها وهو قول عيسى بن دينار.
- 8 - لا تنعقد المزارعة إلا بالشروع في العمل وهو قول ابن كنانة.
- 9 - عدم جواز قسمة الدار إلا أن يصير منها لكل واحد من الشركاء من
البيوت والساحة ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه.
- 10 - وجوب الشفعة في الأموال الموظفة وهو قول أشهب ومذهب الليث.
- 11 - عدم وجوب الحميل بالحق إلا بشاهدين، وهو قول سحنون.
- 12 - وجوب الحميل على من لا تعرف عينه لتشهد البينة على عينه، فإن
عجز عنه وكانت البينة غائبة سجن، وهو قول أشهب.
- 13 دخول الشيء المستحق في ضمان المستحق منه وتكون له الغلبة
ويجب توقيفه وقفا يحال بين الشيء وبين المستحق منه إذا ثبت بشاهدين،
وهو قول مالك في الموطأ والغير في المدونة.

(37) ما أثبت هو ما جاء في المفيد لابن هشام ص 236، أما مجالس المكناسي ففيها زيادة بعد
(الحولين).

(38) المغيرة المخزومي : بن عبد الرحمان بن الحرث، أخذ عن مالك وشاركه في كثير من شيوخه، له
كتب في الفقه قليلة، خرج له البخاري وأبو داود والنسائي وابن ماجة توفي سنة 186 (انظر
الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي، 2/ 216 وشجرة النور الزكية لمخلوف
ص 56).

(39) المدونة الكبرى رواية سحنون 5/ 225.

- 14 - عدم جواز الشهادة على خط الشاهد إلا في الأحباس المعقبة.
- 15 - وجوب القسامة مع شهادة غير العدول من اللفيف.
- 16 - وجوب اليمين على الحالف قائماً مستقبلاً القبلة وهو قول ابن الماجشون.
- 17 - منع الوصي من النظر لأولاد محجوره إلا بتقديم مستأنف.
- 18 - أجرى فقهاء قرطبة العمل بوجوب الشفعة فيما لا ينقسم إلا بضرر كالفرن والحمام وهو قول مالك وأشهب وابن الماجشون وأصبغ، وبعدم الشفعة قال ابن القاسم ومطرف، قال صاحب الذخيرة وعدم الشفعة هو المشهور. (40)

(40) شرح ميارة على تحفة ابن عاصم 44/2، وأنظر المسائل التي خالف فيها الأندلسيون قول ابن القاسم في مجالس المكناسي ص 293 وما بعدها. والمفيد لابن هشام مخطوط بالخرانة العامة بالرباط 805 الأوقاف.

الفصل الرابع

عمل فاس والمغرب

94 - لما كان المغرب مرتبطا بالأندلس في الجوار والسياسة والثقافة على عهد المرابطين والموحدين تأثر بعمل الأندلس وأخذ يجرى في بعض المسائل الحكم والفتيا بغير مشهور المذهب بل بما كان يجرى به عمل قرطبة والأندلس.

وفي القرن الثامن والتاسع الهجريين أدخل فقهاء المغرب في فتواهم وأحكامهم - ولا سيما الذين تولوا منصب القضاء - الاختيارات والترجيحات لبعض الأقوال الضعيفة، استنادا للعرف والضرورة وغير ذلك من أصول نظرية العمل، قد تكون الأحداث الجأت إلى تلك الأقوال ورجحتها، وبينت أن ما بني عليه الترجيح أو الاختيار القديم إنما كان مستندا إلى أمور أصبحت مرهقة بعد ذلك نظرا لتبدل الأحوال، ولا سيما في الانقلابات الاجتماعية الهائلة التي ظهرت في القرن الثامن والتاسع وهذه الأحداث هي قيام دولة المرينيين التي رفعت الحصار عن الفقهاء، ذلك الحصار الذي ضربه عليهم الموحدون، ثم مأساة الأندلس التي أدت إلى هجرة معظم أهلها إلى المغرب، فانقلبت الأوضاع واضطربت بحيث تبين أن كثيرا من الأمور التي لو درجنا فيها على ما كان الفقهاء المتقدمون يأخذون به من الترجيح لأصبحنا بذلك غير مستطيعين أن نحقق المصالح والمقاصد الشرعية التي من أجلها شرعت تلك الأحكام.

95 - فبدأ العمل الفاسي يدخل ليبرز الحركة التطورية الجديدة التي دخلت في المذهب المالكي (41) وبدأ الشيخ الزقاق، (42) المتوفى عام 912هـ يشير إلى ذلك إشارة واضحة في لاميته وعقد فصلا للعمل الفاسي استهله بقوله :

وفي البلدة الغراء فاس وربنا
يقي أهلها من كل داء تفضلا
جرى عمل باللائي تأتي كما
جرى بأندلس بالبعض منها فاصلا

تتابعت الكتب التي بدأت تستند إلى إفتاء المفتين، وإلى تصرفات القضاة فتجعل ذلك قانونا ملتزما، ينبغي أن تكمل به الأوضاع الفقهية القديمة، فبعد الزقاق جاء أحمد ابن القاضي المتوفى عام 1025هـ فألف كتاب (نبل الأمل فيما بين الأئمة جرى العمل) وتلاه العربي الفاسي المتوفى سنة 1052 فكتب رسالة فيما جرى به العمل من شهادة الليف. ثم جاء الشيخ ميارة المتوفى 1072هـ فألف في مسألة بيع الصفقة. ثم جاء الشيخ عبد الرحمان بن عبد القادر الفاسي المتوفى عام 1096هـ ونظم كتابا فيه نحو ثلاثمائة مسألة مما جرى به العمل بفاس بالخصوص، ويلاحظ عليه أنه جمع حتى ما جرى به عمل القضاة جورا أو جهلا. (43)

(41) المحاضرات المغربية : محمد الفاضل ابن عاشور ص 86 وما بعدها.

(42) الزقاق : هو أبو الحسن علي بن قاسم التجيبي أخذ عن القوري والمواق وعنه أخذ ابنه أحمد واليسيتني، ألف اللامية في الأحكام والمنهج المنتخب في قواعد المذهب، وتقيد على المختصر لخليل توفي سنة 912هـ (الفكر السامي للحجوي 98/4).

(43) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي : للشيخ الحجوي 228/4 محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي حماد العراقي ص 133.

وقد ألف الشيخ محمد التماق الأندلسي المتوفى عام 1151هـ رسالة (إزالة الدلسة عن أحكام الجلسة).

96 - وقد طبق فقهاء الأقاليم المغربية الأخرى نظرية العمل، لكنهم وإن كانوا يتفقون جميعا في المنهج العام ومراعاة ضوابط نظرية العمل، فإنهم كانوا يختلفون أثناء تطبيق الكليات على الجزئيات باختلاف خصوصيات مجتمع كل واحد منهم، لأن بعض أعراف الأقاليم تختلف من حيث الزمان والمكان، وحتى المصالح والأضرار تختلف فقد يكون أمر في وقت أو في مكان يكون ضررا، وفي مكان آخر أو وقت آخر لا يكون ضررا.

وقد قام فقهاء إقليم سوس بإجراء أعمال مبنية على أعراف وحاجيات ومصالح بلدانهم، فقد جمع الشيخ أحمد بن محمد العباسي السملالي المتوفى عام 1152هـ كثيرا من أعمال إقليم سوس في نوازل، وكذلك فقد ذكر الشيخ أبو زيد عبد الرحمان الجشتمي المتوفى عام 1269 أعمال إقليم سوس في نظمه الذي شرحه محمد بن أبي بكر الشابي الأزارفي. وكذلك فعل فقهاء تمكروت بدرعة كالشيخ ابن ناصر في أجوبته وقد جمع الشيخ علي بن عيسى العلمي أعمال إقليم جبالة وغمارة في نوازل.

وتعتبر النوازل الكبرى - فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى - للشيخ المهدي الوزاني (44) موسوعة جامعة لأعمال المتأخرين من فقهاء المغرب.

(44) المهدي الوزاني : هو المهدي بن محمد بن محمد بن خضر ابن قاسم العمراني الوزاني الفاسي أبو عيسى، أصله من قبيلة مصمودة قرب وزان له كتب منها : المعيار الجديد ويعرف بالنوازل الكبرى، والمنح السامية من النوازل الفقهية وتعرف بالنوازل الصغرى، وحاشية على شرح التاودي للزقاقية وشرح العمل الفاسي كبير وصغير، وحاشية على شرح التحفة، له مؤلفات أخرى توفي سنة 1342 - راجع الأعلام للزركلي 335/7.

97 - ويمكن اعتبار قرارات محكمة المجلس الأعلى للنقض والإبرام من قبيل ما جرى به العمل، إذا راعى مستشاروها أصول نظرية العمل وتوفرت فيهم الشروط المطلوبة كالنزاهة والقدرة على الاختيار والترجيح في الشريعة الإسلامية، ويمكن أن يكون أولئك المستشارون مع مدرسي الفقه الإسلامي في التعليم العالي خير من يقوم بتطوير الفقه الإسلامي وجعله ملبياً لحاجة المسلمين القانونية، وحينئذ يصبح المغاربة في غنى عن استيراد القوانين والمذاهب.

الفصل الخامس

التعريف بالاجتهاد القضائي

والسابقة القضائية في الأنظمة

القانونية المعاصرة، ومقارنة ذلك بنظرية العمل

من خلال عنوان هذا الفصل تتضح الفروع التي يمكن أن يقسم إليها وهي :

الفرع الأول : التعريف بالاجتهاد القضائي.

الفرع الثاني : التعريف بالسابقة القضائية.

الفرع الثالث : المقارنة بين نظرية العمل وبين الاجتهاد القضائي والسابقة القضائية.

الفرع الأول : التعريف بالاجتهاد القضائي.

98 - الاجتهاد القضائي : هو مجموعة المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار المحاكم واطرادها في السير على قاعدة معينة، أو هو مجموع الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها.(45)

ويتم هذا على الوجه التالي : تعرض مسألة قانونية على إحدى المحاكم، فتفصل فيها برأي معين، وقد تعرض هذه المسألة في مناسبات أخرى على محاكم عديدة متباينة، وقد تخالف هذه المحاكم المحكمة الأولى فيما ذهبت

(45) المدخل إلى القانون د حسن كيرة ص 214.

إليه، وقد تتفق معها في رأيها، وقد يخالفها البعض ويوافقها البعض الآخر، وينتهي الأمر في العادة بأن تعرض المسألة على المجلس الأعلى وهو المحكمة العليا في البلاد، والملاذ النهائي لضمان احترام القانون فيقول المجلس الأعلى في تلك المسألة كلمته. وهنا تبدأ المحاكم في السير على النهج الذي اتبعه المجلس الأعلى، ولا تلبث الاختلافات بين المحاكم بشأن المسألة أن تقل تدريجيا حتى تنعدم بعد قليل. والسبب في ذلك أن المحاكم، ولو أنها ليست ملزمة قانونيا بأن تتبع رأي المجلس الأعلى إلا في حالة خاصة، (46) فإنه من الناحية العملية يندر أن تسير المحاكم الدنيا على نهج يخالف نهج المجلس الأعلى، ويرجع ذلك إلى السببين الآتيين :

الأول : مهمة المجلس الأعلى هي مراقبة تطبيق المحاكم للقانون، فإذا رأى أن حكما ما جاء مخالفا للقانون نقضه، وتخشى المحاكم في أغلب الأحيان الرقيب عليها، وهو المجلس الأعلى فتعمل على أن تجيء أحكامها مطابقة لما استقر عليه المجلس الأعلى لأنها تخشى تكسير أحكامها منه إن لم تفعل ذلك. (47)

الثاني : يتكون المجلس الأعلى من مستشارين بلغوا ذروة المنصب القضائي، ومن شأن ذلك أن يتوافر فيهم علم غزير بالقانون والفقه وخبرة واسعة بتطبيقه، وهذا ما يجعل الأحكام التي يصدرها ذلك المجلس ذات وزن كبير لدى القضاة ويولد في أذهانهم الاعتقاد بسلامتها وهو أمر يغلب أن يتفق مع الحقيقة.

46) المدخل لدراسة القانون ذ.عبد النبي ميكو ص 229.

الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي د. موسى عبود محاضرة نشرت في مجلة المحاماة المغربية عدد 3 ص 15 وما بعدها.

47) الحالة الخاصة هي التي ينص عليها الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية لعام 1974. حيث جاء في هذا الفصل ما يلي : (إذا بت المجلس الأعلى في قراره في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تقيد بقرار المجلس الأعلى في هذه النقطة). وكان قد نص على هذه الحالة الفصل 23 من ظهير 27 شتنبر 1957 المؤسس للمجلس الأعلى.

وهكذا ينتهي الأمر بأن تستقر المحاكم في المسألة القانونية على أمر معين وتطرد أحكامها على السير في اتجاه واحد. (48)

99 - هل الاجتهاد القضائي ملزم ؟

من المتفق عليه في البلاد التي تأخذ بالنظام اللاتيني كفرنسا والمغرب ومصر أن الاجتهاد القضائي الذي تصدره أية محكمة علت أو دنت درجتها لا يلزم إلا في ذات القضية التي صدر فيها، أما في غير هذه القضية فلا يكون الاجتهاد القضائي ملزما، لا للمحكمة التي أصدرته ولا لغيرها من المحاكم، ولكن هذا القول وإن كان صحيحا من الناحية القانونية النظرية، إلا أنه عملا يغلب أن تتأثر المحاكم بأراء المحاكم الأعلى منها مرتبة، وقد تقدم بيان علة ذلك.

الفرع الثاني : التعريف بالسابقة القضائية.

100 - للأحكام وظيفتان :

الأولى : هي الفصل في النزاع المعروض على المحكمة وحسمه، ذلك أنه وفقا لمبدأ حجية الأحكام لايجوز للخصوم أن ينازعوا من جديد فيما فصل فيه حكم صحيح صادر في مواجعتهم.

الوظيفة الثانية للأحكام القضائية : هي أن المحكمة بقضائها تنشئ سابقة قضائية، بحيث أن القضايا المماثلة التي قد تقام في المستقبل غالبا ما يقضي فيها بالطريقة ذاتها، فالسوابق القضائية تعتبر كمتون القانون يرجع إليها القاضي في فصل النزاعات الجديدة.

(48) المراجع السابقة.

لقد نشأ مبدأ التقيد بالسوابق القضائية في القانون الإنجليزي ثم عمل به في المستعمرات التي كانت تابعة للإنجليز كولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا وجنوب إفريقيا. (49)

101 - الأسس التي تقوم عليها السوابق القضائية :

تقوم السوابق القضائية كما هي جارية اليوم في إنجلترا على الأسس التالية :

1 - إن كل محكمة ملتزمة باتتباع قرارات المحاكم التي هي أعلى منها درجة.

2 - إن كلا من محكمة مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف ملزمة باتتباع قراراتها الخاصة السابقة، مع ملاحظة أن لمحكمة الاستئناف بعض التحفظات في هذا الشأن.

3 - كل القرارات ذات العلاقة الصادرة من أي محكمة كانت، والتي فيها نقطة قانونية يجب أن تكون حرية بالاعتبار أثناء النظر في القضايا المماثلة في أي محكمة.

4 - إن الشيء الملزم في السابقة القضائية (أي في قرارات المحاكم) هو حكمة القرار وليس ألفاظه وصيغته.

5 - إن السابقة القضائية لا تلغى بمجرد مرور الزمن الطويل عليها.

6 - ومع ذلك فإن السوابق القضائية القديمة جدا لا يمكن عمليا تطبيقها على الظروف الحادثة المستجدة، ما لم تكن السوابق قد تعاقبت وتطورت تدريجيا مع الزمن.

(49) المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة ص 68 - تأليف آلان فارنسويرت - ترجمة د. محمد لبيب شنب.

7 - تجمع السوابق القضائية وتنشر اليوم في مسلسلات خاصة بكل محكمة، كمحكمة منصة الملكة، ومحكمة الاستئناف، ومحكمة مجلس اللوردات وغيرها من المحاكم المهمة الأخرى.

وهناك بجانب ما تنشره هذه الهيئات شبه الرسمية هيآت علمية وبعض دور الطباعة والنشر تقوم بنشر المقررات بصورة دورية (50)

إن تلك المسلسلات والنشرات هي المعين الذي يستقي منه رجال القانون في إنجلترا وهي بالنسبة إليهم كمتون القانون. يعني كمجموعة القانون المدني ومجموعة القانون التجاري وقانون العقوبات، وكالكتب الموثوق بها لذا نظام القضاء الإسلامي كشرح التحفة ومختصر خليل ولامية الزقاق ومعيار النشريسي وكتب المهدي الوزاني.

102 - مبررات العمل بالسوابق القضائية :

ويمكن إجمال مبررات العمل في السوابق العادلة فيما يلي :

المساواة - التوقع للمستقبل - الاقتصاد في الوقت والجهد - احترام خبرة الجيل السابق.

فأما المبرر الأول : فهو أن تطبيق القاعدة ذاتها باستمرار في القضايا المماثلة يؤدي إلى المساواة في معاملة من يمثلون أمام المحاكم.

والمبرر الثاني : هو أن اتباع السوابق القضائية بصفة مستقرة يساهم في معركة كيفية حسم المنازعات المستقبلية مقدما.

والمبرر الثالث : مفاده أن استخدام القواعد المستقرة للفصل في القضايا الجديدة يوفر وقتا وجهدا.

(50) مبادئ القانون المقارن : عبد الرحمان البراز ص 122.

وأخيرا : فإن إعمال المبادئ التي قررتها أحكام سابقة يعكس احتراما واجبا نحو حكمة وخبرة جيل سابق من القضاة. (51)

عيوب نظام السوابق القضائية :

مما يعاب على نظام السوابق القضائية هو ما يلي :

إن سرعة التغيير والتطور يضعف من قابلية السوابق للانطباق على القضايا الحديثة التي قامت في ظل ظروف اجتماعية واقتصادية اختلفت على مر السنين. ثم إن الاعتماد على نظام السوابق يجعل القضاء يقوم بمهمتين: التشريع والقضاء، وفي ذلك خلط بين السلط، واعتداء على مهمة السلطة التشريعية، ويخالف ما نادى به منتسكيو من وجوب الفصل بين السلط الثلاث، لأن هذا الفصل بين السلط هو الركن الأساسي لمنع الاستبداد. (52)

الفرع الثالث : المقارنة بين نظرية العمل وبين الاجتهاد القضائي والسابقة القضائية.

103 - نبحت في هذا الفرع أوجه الخلاف وأوجه الوفاق :

إن النصوص القانونية في المذهب المالكي تتكون من مجموعتين :

المجموعة الأولى : هي الأحكام العامة والتفريعات التي استنبطها الفقهاء بمعزل عن الوقائع والمنازعات، وإنما أثناء الدراسة العلمية.

والمجموعة الثانية : هي الأقضية والفتاوي التي صدرت عن قضاة ومفتين بمناسبة دعوى وخصومة رفعت إليهما، وهذا النوع الثاني الذي سمي بما جرى به العمل هو الذي يشبه السوابق القضائية والاجتهاد القضائي في الأنظمة الغربية.

(51) المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية ص 69.

(52) المرجع السابق ص 70.

104 - وهذا الشبه ليس تماما بل هناك أوج خلاف، فمن تلك الوجوه التي يختلف فيها نظام ما جرى به العمل مع كل من السوابق القضائية والاجتهاد القضائي هي :

تختلف هذه الأنظمة الثلاثة فيما بينها في المصدر والمنهاج العام في الاستنباط. فالقاضي أو المفتي الإسلامي في المذهب المالكي والذي له أهلية الترجيح يرجع إلى مصادر المذهب المعتمدة كمدونة سحنون وما كتب حولها أو المختصر الفرعي لابن الحاجب وشروحه، ولا سيما توضيح خليل عليه، أو مختصر خليل وشروحه وحواشيه وغيرها من الكتب الموثوق بها، فيبحث عن قول مناسب للدعوى المرفوعة إليه، فيحكم بذلك القول المناسب ولو كان ضعيفا أو شاذًا، ولا بد أن تكون المناسبة مؤيدة أما بالعرف أو المصلحة أو الضرورة أو سد الذريعة، أو أي سبب مقبول شرعا.

وكثيرا ما تحدث تصرفات ومعاملات ويتعارف الناس عليها ولا يوجد بشأنها نص صريح في المذهب، فيقر القضاة أو المفتون هذه المعاملات والتصرفات ويحكمون فيها بمقتضى ما تعارف الناس عليه، وغالبا ما يكون ذلك العرف ناشئا عن رعاية الضرورة أو المصلحة أو غيرهما من الأسباب.

فإذا كان هذا هو مصدر ومنهاج ما جرى به العمل في المذهب المالكي. فإن مصدر ومنهاج الاجتهاد القضائي والسوابق القضائية يختلف عن هذا ذلك أن الاجتهاد القضائي يتبع المنهج التالي :

وهو أن القضية ترفع إلى المحكمة الابتدائية، وتصدر هذه المحكمة قرارها فيحصل أن أحد أطراف الخصومة يطلب استئناف ذلك القرار الابتدائي فتصدر محكمة الاستئناف قرارها إما بموافقة ذلك الحكم الابتدائي، وإما بمخالفته، وفي هذه المرحلة أيضا قد يرى أحد أطراف الخصومة أن ذلك الحكم الاستئنائي صدر على غير صواب فيقوم بطلب نقضه أمام أعلى جهاز قضائي يسمى في المغرب بالمجلس الأعلى.

105 - ولا يقبل طلب النقض إلا إذا كان مبنيًا على أحد الأسباب التالية التي نص عليها الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية المغربية :

أ - خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف.

ب - عدم الاختصاص.

ج - خرق القانون الداخلي.

د - الشطط في استعمال السلطة.

هـ - عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل.

106 - والجدير بالذكر أن القاضي لما يريد إصدار حكم على الخصومة

المرفوعة إليه قد يجد النص القانوني مشوبا بعيب من العيوب، نذكر منها ما يلي:

1 - الغموض : وهذا الغموض قد يحيط بالنص القانوني بأكمله من حيث مدلوله أو من حيث نطاق تطبيقه، وقد يقتصر على لفظ من ألفاظ النص.

2 - التناقض : ويتحقق عندما تتعارض النصوص القانونية مع بعضها.

3 - الخطأ : وقد يكون ماديا عندما يخطئ المشرع فيضع لفظا بدلا من آخر، وقد يكون موضوعيا عندما يذكر المشرع حكما لا يتفق مع المبادئ القانونية الصحيحة، أو عندما يغفل ذكر شروط لازمة لتطبيق النص. (53) وفي بعض الأحيان قد لا يجد القاضي نصا قانونيا ينطبق على النازلة. وفي هذه الأحوال يتبع القاضي طرق التفسير المذكورة في كتب أصول القانون وأصول الفقه الإسلامي.

وكثيرا ما يلجأ القاضي لسد النقص إلى العرف والقانون الطبيعي ومبادئ العدالة.

(53) دروس في أصول القانون الوضعي د. محمد طلعت الغنيمي ص 160.

ولما تصدر محكمة المجلس الأعلى للنقض والإبرام قرارها تستخلص منه قاعدة قانونية مجردة كالقواعد التي تصدر عن المشرع. هذه القاعدة هي التي تشبه قاعدة ما جرى به العمل في المذهب المالكي. ان مصدر السوابق القضائية يختلف عن مصدر الاجتهاد القضائي من جهة وعن مصدر قاعدة ما جرى به العمل في المذهب المالكي، من جهة أخرى، وذلك إن القاضي في النظام الأنجلوسكسوني يستند في حكمه إلى الأحكام السابقة ولا يقف عند عبارتها، بل يذهب إلى حكمتها وروحها، وقد يلفق الحكم من مجموعة سوابق. وهذه السوابق تستند أول الأمر إلى أعراف قديمة مجهولة البداية، فالسوابق القضائية هي التي تبرز تلك الأعراف إلى الوجود وتعطيها صفة الألزام القانوني. (54)

107 - وهناك تشابه بين قاعدة العمل وقاعدة السوابق من حيث إن كلا منها يتصف بصفة الإلزام على عكس الاجتهاد القضائي في النظام الفرنسي ومن تبعه فإنه لا يتصف بصفة الإلزام بل للقاضي مخالفته كيف ما كانت درجته ولو من أعلى درجة.

فإنه قد تقرر في المذهب المالكي المغربي أنه يجب على القاضي الحكم بما جرى به العمل، وعليه أن يقدم ما جرى به العمل على غيره من الأقوال في المذهب، ولو كان القول المقدم عليه مشهورا.

وكذلك السوابق القضائية في النظام الانجلوسكسوني، فإن القاضي في ذلك النظام ملزم باتباع الأحكام الصادرة سابقا، فالمحاكم التي من درجة واحدة ملزمة باتباع ما صدر عنها وما صدر عن محاكم فوقها، بل وملزمة باتباع أحكام محاكم أدنى منها إذا كانت الأحكام غير متعارضة بأحكام أخرى أعلى منها. (55)

(54) مبادئ القانون المقارن : ذ عبد الرحمان البزاز ص 110 و 124.

(55) المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة ص - 68 تأليف آلان فارنسويرت - ترجمة د.

محمد لبيب شنب ونظرية القانون د. عبد الفتاح عبد الباقي ص 231

108- ومن أوجه التشابه بين الأنظمة الثلاثة:

1- أن كلا من قاعدة العمل وقاعدة السوابق القضائية وقاعدة الاجتهاد القضائي تنشأ بصدد الحكم في قضية واقعية مطروحة أمام المحكمة بمقال المدعي ودفوع المدعى عليه، ومناقشته وسائل الإثبات بينما القواعد القانونية الأخرى كالأقوال التي استنبطها الفقهاء أثناء الدراسة والبحث العلمي لا أثناء الدعوى، وكذا القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، فإنها تنشأ بمعزل عن الوقائع المحسوسة لذا نلاحظ في بعض أحكامها الافتراض وعدم الواقعية يعترىها كثير من العيوب.

2- كل من القواعد الثلاث توحد القانون وترفع الخلاف، وذلك لما تعددت الأقوال في المذهب وتتعارض فيما بينها، وكذا لما يحصل غموض أو تناقض أو خطأ في التشريع الصادر عن السلطة التشريعية في النظام الفرنسي ومن تبعه، وكذا لما يحصل غموض أو تناقض في الأعراف الأنجلوسكسونية، فإن تلك القواعد تأتي لتزيل الغموض وترفع الخلاف.

القسم الثاني

ضوابط نظرية الأخذ بما جرى به العمل

القسم الثاني

ضوابط نظرية الأخذ بما جرى به العمل

109 - تمهيد :

إن الأحكام والفتاوي التي تصدر من القضاة والمفتين لا يمكن أن تدخل في نطاق ما جرى به العمل إلا إذا خضعت لضوابط وشروط حددها فقهاء المذهب المالكي.

فمن ذلك أنهم قرروا أن جريان العمل بقول من الأقوال يجب أن يكون ثابتاً، وأن يندرج الحكم الذي جرى به العمل تحت أصل شرعي، وأن تراعى الظروف الزمانية والمكانية والعوامل الاجتماعية والحضارية في الحكم الذي يجري به العمل بحيث يتغير الحكم إذا تغيرت تلك الظروف. أو تغيرت تلك الأحوال وقرروا أيضاً أن الحكم الذي يجري به العمل يجب أن يبنى على أسس وموجبات يعتبرها الشرع في بناء الأحكام الاجتهادية كالعرف والضرورة كما أن أحكام العمل يجب أن تصدر عن فقهاء مؤهلين أتقياء.

ومن خلال هذا التمهيد تظهر لنا أبواب هذا القسم وهي كما يلي :

الباب الأول : ثبوت جريان العمل.

الباب الثاني : اندراج العمل تحت أصل شرعي وطرق الاندراج.

الباب الثالث : ارتباط العمل بالظروف الزمانية والمكانية والعوامل الاجتماعية والحضارية.

الباب الرابع : الأسس والموجبات التي تبنى عليها أحكام العمل.

الباب الخامس : صدور أحكام العمل من الفقهاء المؤهلين.

الباب الأول

ثبوت جريان العمل

الباب الأول

ثبوت جريان العمل

ندرس في هذا الباب كيفية ثبوت العمل وما نشأ حول ذلك من خلاف (فصل أول) ثم هل يشترط تسمية من أجرى العمل أو لا؟ (فصل ثان).

ونظرا للتطور الحديث وظهور أساليب جديدة في تدوين الأحكام ونشرها، فلا بد أن ندرس كيفية ثبوت العمل في وقتنا الحاضر (فصل ثالث).

الفصل الأول

كيفية ثبوت العمل وما نشأ حول ذلك من خلاف

لكي يعتبر القول جاريا به العمل، لابد أن تثبت له هذه الصفة ليميز بها عن غيره، لكن كيف تثبت هذه الصفة ؟
لبيان كيفية ثبوت صفة العمل لقول من أقوال المذهب، نذكر، آراء الفقهاء في هذا الموضوع.

يرى الشيخ ميارة: (1) أن العمل يجب أن يثبت ويصح بواسطة العدول المتثبتين في المسائل ممن لهم معرفة في الجملة، ويقول أيضا : إن العمل لا يثبت بقول عوام العدول ممن لاخبرة له بمعنى لفظ المشهور أو الشاذ فضلا عن غيره بأن العمل جرى بكذا، فإذا سألته عن حكم به أو أفتى به توقف أو تردد، فإن مثل هذا لا يثبت به مطلق الخبر فضلا عن حكم شرعي، ويرى الشيخ ميارة أن يتكرر الثبوت تبعا لتكرر جريان العمل بحيث يكون أكثر من مرة (2) وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن العمل لا يثبت بحكم قاض أو قاضين بل يجب أن يحكم به ثلاث مرات فأكثر (3) فهذا الرأي يصح بالنسبة للمشهور لأنه هو الذي عرف بأنه ما كثر قائله، أما بالنسبة لما جرى به

(1) ميارة : أبو عبد الله محمد بن أحمد الفاسي دارا وقرارا شرح المرشد المعين بشرحين وشرح التحفة لابن عاصم ولامية الزقاق، واختصر شرح الخطاب، وله تكميل منهج الزقاق، توفي سنة 1072 - الفكر السامي للحجوي 4/113.

(2) شرح ميارة على لامية الزقاق.

(3) حاشية الوزاني على التحفة.

العمل فغير معقول، لأنه إذا اشترطنا أن يحكم به أكثر من مرتين، فإن الحكم في الأولى والثانية يكونان باطلين لأنهما لم يتوفر فيهما شرط أكثر من مرتين، والمرة الثالثة لا تتحقق لأن المرة الأولى والثانية باطلتان فلا يجوز أن تحسبا، وعليه فهذا الشرط غير معقول، لأنه يؤدي إلى الدور والتسلسل. لكن هذا الشرط يمكن أن يدخل ضمن شرط استمرار العمل، لأن الأعمال تتبدل بتبدل الظروف، فيشترط في العمل السابق استمرار شروطه كي يبقى صالحا للتطبيق ومن أهم ما يشترط استمراره هو موجب العمل بحيث يكون ذلك الموجب موجودا عند كل حكم.

أما قول الرهوني(4) في حاشية الزرقاني بأن العمل لا يثبت بحكم قاض واحد في قضية واحدة، أو قول ميارة: (5) بأنه يقع إثبات أن العمل جرى، غير مأمرة، فأمر متعذر لما بيناه أعلاه.

ويرى الشيخ أحمد بن عبد العزيز الهلالي: (6) أن ثبوت جريان العمل لا يتوقف على شهادة العدول كما يقتضيه كلام الشيخ ميارة، بل يثبت أيضا بنص عالم موثوق به، كأن يذكره أحد المؤلفين الفقهاء في كتابة، وقد أخذ بهذا الرأي الشيخ المهدي الوزاني في حاشيته على شرح التاودي للامية الزقاق، (7) والشيخ الحجوي الثعالبي في الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي. (8)

(4) الرهوني الوزاني : هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني درس بقبيلة رهونة ووزان وفاس، ألف حاشية على شرح الزرقاني لمختصر خليل، صحح بها أغلاط الأجازة وغيرهم، توفي سنة 1230 راجع محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي لمحمد بن تاويت ص 114.

(5) شرح ميارة على لامية الزقاق م 4 ص 4.

(6) شرح خطبة المختصر للهلالي.

(7) ص 387.

(8) 231/4

مناظرة بين الشيخ الهواري والشيخ المهدي الوزاني

حول كيفية ثبوت العمل

111 - قد جرت مناظرة في هذا الموضوع بين الشيخ الهواري في حاشيته على شرح لامية الزقاق، وبين الشيخ المهدي الوزاني في حاشيته على شرح لامية الزقاق أيضاً.

والمسألة التي كانت سبباً للمناظرة هي (أن من تحاسب مع غيره على مال وتباراً معه وكتبا البراءة، ثم قام يدعي الغلط في الحساب وأنكر خصمه وقوع الغلط فهل له أن يحلفه على عدم وقوع الغلط أم لا؟ المشهور عدم الحلف، لأنه لو سمح له بالتحليف ما نفعت البراءة ولا انقطعت المعاملة والعمل على حقوق اليمين لفساد الزمان). (9)

وأصل القول بهذا العمل هو أن الشيخ الحطاب رأى مكتوباً على طرة نسخته من مقنع ابن بطلال النص التالي : (هذا خلاف في لحوق اليمين وبلحوقها العمل، انظر نوازل ابن الحاج والمفيد والفتحونية فانظره) وقد أقر هذا العمل جماعة من الفقهاء منهم : عبد القادر الفاسي والسجلماسي حيث نظمهم في العمل المطلق، والمكناسي في مجالسه وابن سلمون والتسولي وغيرهم من الفقهاء الذين مارسوا القضاء والفتوى والتأليف في الفقه القضائي.

انتقاد الوزاني لكيفية ثبوت هذا العمل :

112 - يقول إن كتابة العمل، بهامش النسخة لا يثبت به العمل لأن وجوده مكتوباً بهامش النسخة ليس فيه تعيين الكتاب، ولا من أجرى هذا

(9) انظر شرح لامية الزقاق عند قوله : ومن في حساب يدعي غلطاً مع. الهواري : هو أبو محمد عبد السلام بن محمد الهواري تولى قضاء القصر الكبير ثم الصويرة ثم فاس له شرح الوثائق البنانية وحاشية على شرح الزقاقية توفي سنة 1328 - المهدي الوزاني تقدم التعريف به.

العمل، ثم إن هذه الكيفية لا تحقق ما قرره بعض الفقهاء من أن حكم قاض واحد بالخصوص في نازلة لا يثبت به جري العمل فيها، فقد قال الشيخ مصطفى الرماصي (10) (مراد العلماء بقولهم وبه العمل وعمل به، أن القول حكمت به الأئمة - أي جمع لأمفرد - واستمر حكمهم) (11) وقد تقدم تعليقنا على هذا الرأي القائل : يتكرر الحكم بالقول وباستمرار الحكم به، حتى يعتبر في نطاق ما جرى به العمل.

رد الشيخ الهواري على انتقاد الوزاني :

113 - يتلخص رد الهواري في الأمور التالية :

1 - إن الهامش نسبه لنوازل ابن الحاج والمفيد والفتحونية، فلا يحكم ببطلانه حتى يتبين كذبه بعدم وجوده في الكتب المذكورة.

2 - لو سلم على سبيل الجدل فالحجة ليست عندهم في الهامش بل في تسليم الخطاب له وعدم تعقبه، وليس لمثل الخطاب يقال العمل إنما يثبت بكذا، وشروط العمل كذا، ولا أن كلام الهلالي والرهوني مع أمثاله حاشاهم منه، وإنما يتلقون ماذكروه من أمثاله.

3 - إن الذين نقلوا كلام الخطاب وقبلوه ونظموه لم تخف عليهم شروط العمل، وإنما اعتمدوا فيه على الخطاب لا على الهامش، لأن القاعدة إن من نقل كلاما وسلمه فهو قائل به.

4 - إن الخطاب لم ينفرد بذلك. (12)

(10) مصطفى الرماصي : من بلد قريب من مازونة بالقطر الجزائري أخذ عن شيوخ مازونة ومصر، وهو من الذين تصدوا لكتب الأجاهرة ومحصولها ما فيها، واعتمد عليه بناني في حاشيته على الزرقاني وكذلك الرهوني وكنون، وللرماصي حاشية على شرح التتائي، توفي عام 1137 (شجرة النور الزكية لمخلوف ص 334 ومحاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي لمحمد بن تاووت ص 108).

(11) حاشية الوزاني على شرح لامية الزقاق ص 121.

واستدل الوزاني على رأيه بكلام الهلالي والرهوني وميارة في كيفية ثبوت العمل.

(12) حاشية الهواري على شرح التاودي للامية الزقاق ص 102 - 103.

تعقيب الشيخ الوزاني على رد الشيخ الهواري :

114 - قبل ذكر هذا التعقيب، نشير إلى أنه كانت بين الشيخين الهواري والوزاني منافسات علمية، لأنهما كانا متعاصرين، فكان كل واحد منهما يريد أن يمتاز على زميله، ويظهر هذا من كثرة اعتراض بعضهما على بعض في حاشيتهما على شرح التاودي للامية الزقاق.

لقد تتبع الشيخ الوزاني بالتعقيب رد الشيخ الهواري السابق، فيذكر أول الفقرة من كلام الهواري، ثم يعقب عليها. ونعرض فيما يلي ذلك التعقيب. يقول الشيخ الوزاني :

1 - قول الهواري : إن الهامش نسبه لابن الحاج الخ يقول (13) الوزاني هذا باطل ولا يفيد شيئاً، ولا يعتمد عليه، ولا يثبت به العمل، وإن نسبه لمن ذكر، لقولهم : إن العمل والفتوى من الكتب التي جهل مؤلفوها ولم يعلم صحة ما فيها لا يجوز، وإنما يعتد بها إذا كان كاتبها معروفاً وكان من الموثوق بهم، قال القرافي : وكذلك حواشي الكتب تحرم الفتوى منها لعدم صحتها، قال ابن هارون مبيناً له (مراده إذا كانت الحواشي غريبة النقل، وأما إذا كان ما فيها موجوداً في الأمهات أو منسوباً إلى محله، وهي بخط من يوثق به فلا فرق بينها وبين سائر التصانيف، ولم يزل أئمة المذهب والعلماء، ينقلون ما على حواشي كتب الأئمة الموثوق بعلمهم المعروفة خطوطهم، وذلك موجود في كلام القاضي عياض وأبي الأصبع ابن سهل وغيرهما، إذا وجدوا حاشية يعرفون كاتبها نقولها، ومن ذلك الطرر لأبي إبراهيم الأعرج على التهذيب، وهي من الكتب المعتمد عليها الموثوق بصحة ما فيها، وكذلك الطرر لابن عات على الوثائق المجموعة، وكذلك الطرر لأبي الحسن الطنجي على التهذيب من الحواشي الموثوق بها، وهو من أهل الدين والعلم والورع وغالب ما فيها منسوب إلى محله).

(13) انظر تنمة فقرات الهواري فيما تقدم من رده على انتقادات الوزاني.

2 - قول الهواري : فالحجة ليست عندهم في الهامش بل في تسليم الخطاب له الخ يقول الوزاني : هذا غير صحيح أيضا إذ الخطاب لم يسلمه ولم يعترضه، بل جعله عرضة للنظر ونصه : (ورأيت مكتوبا على هامش النسخة التي بيدي ماصورته : (في هذا خلاف في لحوق اليمين وبلحوقها العمل، انظر نوازل ابن الحاج والمفيد والفتحونية فانظره).

يقول الوزاني : إن زيادة كلمة (فانظره) تبرؤ من الخطاب كي لا يعتمد عليه، وإنما يكون ذلك العمل ثابتا عند الخطاب ومسلما عنده لو قال عقب نقله، وهو صحيح أو نحو ذلك، أما حيث قال : رأيت بهامش النسخة مكتوبا كذا فانظره، فلا ينسب له تسليمه إلا على سبيل المجازفة.

3 - يقول الهواري : وليس لمثل الخطاب يقال (العمل إنما يثبت بكذا الخ. يقول الوزاني : هذا من نمط ما قبله، بل يقال ذلك لمثل الخطاب ولغيره. وحيث زعم أن مثل الخطاب لا يقال له ذلك فليأت عليه بدليل، نعم لو أخبر الخطاب من قبل نفسه بجريان العمل بذلك القول لقبل بلا خلاف، إلا أنه لا فرق بينه وبين غيره من الأئمة في هذا المعنى لأنه خبر الواحد فيه كاف لقول التحفة : (وواحد يجزي في باب الخبر).

4 - قول الهواري : إن الذين قالوا بذلك العمل إنما اعتمدوا فيه على الخطاب الخ يقول الوزاني : إنما يصح لهم الاعتماد على الخطاب لو أخبر بثبوت العمل عن نفسه، وإنه رآه أو تحقق به، أما حيث قال إنه رآه مكتوبا بها مش نسخته، ويعني بخط لا يعرف وزاد بعد نقله، فانظره، فهو متبرئ منه قطعاً، فلا يصح لهم الاعتماد عليه شرعاً.

5 - قول الهواري : إن الخطاب لم ينفرد بذلك الخ يقول الوزاني : هذا غير صحيح أيضا بل انفرد الخطاب برؤية ذلك الهامش ولم يره غيره(14)

(14) حاشية المهدي الوزاني على شرح لامية الزقاق ص 123 وما بعدها.

- ما نستنتجه من هذه المناظرة :

نستنتج أن هناك تشديد في شرط ثبوت العمل وهناك تخفيف أيضا.

115 - فالطرف المخفف يكتفي بأي شكل من أشكال الثبوت كان يشير أحد الفقهاء إلى جريان العمل بقول من الأقوال المذهبية في هامش الكتاب ولو لم يصرح باسم من اختار العمل بذلك القول لأول مرة، كما حصل في نسخة الشيخ الحطاب من مقنع ابن بطال المتحدث عنها، إنما هذا الطرف المخفف يضيف إلى هذا الشكل من الثبوت :

1 - أن يكون ذلك القول الذي وصف بأن به العمل منسوباً إلى الكتب الموثوق بها كنوازل ابن الحاج والمفيد والفتحونية وغيرها.

2 - أن يتبنى ذلك القول ويقر ذلك العمل فقهاء مؤهلون، كالسجلماسي صاحب العمل المطلق، والمكناسي صاحب المجالس والتسولي وغيرهم ممن هم في درجتهم.

3 - يكتفي هذا الطرف في تسليم القول، بالسكوت عنه دون التعرض لنقده أو إبطاله كما حصل للشيخ الحطاب، والتسليم بالسكوت عادة معروفة عند فقهاء المذهب المالكي، وقد اتبعها كثيراً محشو الزرقاني شارح مختصر خليل.

وما عقب به الشيخ الوزاني من أن الحطاب انفرد برؤية ذلك العمل ولم يره غيره. وكذلك ما ذكره من أن كلمة (فانظره) في آخر الطرة تشير إلى أن الحطاب تبرأ بها من الاعتماد على ذلك النقل الموجود بها مش نسخته. إنما يعتبر ذلك استنتاجاً من الشيخ الوزاني، وليس تعبيراً صريحاً في النقل، وقد يسأل الشيخ الوزاني، وكيف علمت أن الغير لم يشارك الحطاب في رؤية ذلك العمل، مع أن فقهاء كثيرين أجروا ذلك العمل، وقد ذكرناهم سابقاً.

ثم إن كلمة (فانظره) يحتمل أن تكون من الطرة، قصد بها التنبيه إلى مراجعة مصدر العمل في الكتب المشار إليها.

116 - **والطرف المتشدد لا يكتفي بما تقدم بل يشترط أن يحصل الثبوت بطرق أقوى وأوثق مما سبق، فأعلى طريق عندهم أن يحصل الثبوت بشهادة عدلين متثبتين، وأدناها أن يحصل بتصريح فقيه معروف بأنه تأكد من وجود العمل بنفسه وأنه صادر عن الفقهاء المؤهلين، ويضيف هذا الطرف بأنه يجب إثبات تعدد حكم القضاة أو المفتين بالقول حتى يصح وصفه بأنه جرى به العمل.**

وإن شرط ثبوت العمل يلزم به كل فقيه كيف ما كانت درجته ولو كان في درجة الخطاب.

على أن الشيخ الوزاني الذي تشدد هنا نراه : قد تبع الشيخ الرهوني في التساهل مع الفقهاء المتأخرين المعترف لهم بالعلم كالشيوخ التاودي وبناني وعبد الرحمان الفاسي والجنوي.(15) والجدير بالملاحظة أن هذا التشديد غير مطبق في كتب العمل، إذ كثير من مسائل العمل الفاسي ومسائل العمل المطلق غير ثابتة بأي طريق من الطرق السابقة فهما ينظمان في كتابيهما كل ما قيل فيه أنه جرى به العمل ولو لم يكن ثابتا بالطرق السابقة.(16)

(15) النوازل الكبرى للمهدي الوزاني 9/123 وحاشيته على لامية الزقاق ص 387.
(16) المرجع السابق.

الفصل الثاني

هل يشترط تسمية من أجرى العمل أم لا ؟

117 - هل يكتفى بثبوت العمل بأن يشيع ويروج على لسان أهل العلم أو في كتبهم : أن العمل في المسألة الفلانية كذا، دون ذكر القاضي أو المفتي الذي أجرى ذلك العمل.

من الناحية العملية نجد كتب العمل قلما تذكر الشخص الذي أجرى العمل، فمثلا الشيخ عبد الرحمان الفاسي في نظم العمل، نجده في بعض الحالات نذكر الشخص الذي أجرى العمل... ونمثل لهذا بقوله فيما يلي :

وفي اليمين طلقــــــــــــــــة رجعية

إذ هي قد حصلت الماهية

أفتى بها والدنا كالقصار

كأبن مؤلف كتاب المعيار

أفتى أبــــــــــــــــو حسن الصغير

بالضم إن لم يبخص المحجور

أي في بيع الصفقة.

والقول من فتوى ابن هارون جرى

بأن ذا الصفقة جار في الكراء

قاس عليه شيخنا ميارة

تصفيق غلــــــــة رأى اعتباره

وخدمة النساء في البوادي

للزراع بالدراس والحصاد

قال ابن عرضون لهن قسمة

على التساوي بحسب الخدمة

ولكن الشيخ عبد الرحمان الفاسي في كثير من الحالات لا يذكر الأشخاص

الذين أجروا العمل. فنجده :

1 - كثيرا ما يعبر بكلمة شاع دون ذكر الشخص، ومن ذلك قوله :

وشاع من صور بيع الدين

ما وسموه الآن قلب الرهن

وشاع عند سائر العدول

تخصيص ذي الصفقة بالأصول

وشاع في ميراث بيت المال

فيما بفاس اليوم من أعمال

وشاع إفتاء القضاء في الخصام

مما بغير حكمهم له قوام

2 - وهناك تعابير أخرى تسند جريان العمل إلى واو الجماعة دون بيان

من هي تلك الجماعة ونمثل لهذا بقوله :

وأبدوا التحريم في مخلق

وهارب سيان في محقق

والأخذ بالشفعة سرا ينفع

به قضاة الوقت قالوا أجمع

وجوزوا التوكيل للمحجور

عليه والإيصاء في الأمور

وهناك تعابير أخرى تذكر جريان العمل دون إسناده لأحد. وأما منهاج

صاحب العمل المطلق هو أن يذكر كل ما قيل فيه أنه جرى به العمل،

أو عمل به، دون ذكر الأشخاص أيضاً، إلا في القليل. ويذكر في بعض الحالات أسماء الأمصار التي جرى بها العمل كقرطبة وتونس وفاس.

118 - إن للفقهاء مواقف من عدم ذكر من أجرى العمل. فهناك جماعة من الفقهاء تجعل عدم ذكر من أجرى العمل أمراً مباحاً يجوز ذكره ويجوز السكوت عنه، لكن المطلوب أن يروج ذلك العمل على السنة الفقهاء أو في مؤلفاتهم، وبعض الفقهاء كالشيخ الرهوني محشي الزرقاني له مواقف خاصة : فهو يطالب ببحث الأعمال التي ذكرها المتقدمون كابن سلمون من حيث توفرها على الشروط كذكر من أجراها وكذلك يلزم بعض المتأخرين ببيان ذلك كالشيخ السجلماسي، (17) لكنه بالنسبة لفقهاء آخرين متأخرين لا يطالب بفحص أعمالهم من حيث توفرها على الشروط كذكر من أجرى العمل، ومن هؤلاء الفقهاء في نظره الشيوخ : أبو زيد الفاسي، والتاودي، وبناني، والجنوي. إذ ورد عنه : (إن ما يحكيه ساداتنا العلماء المتأخرون من العمل المخالف للمشهور، كأبي زيد الفاسي وشيخ الجماعة سيدي التاودي، والمحقق المطلع الشيخ بناني، والشيخ الصالح المشارك أبي عبد الله سيدي محمد الجنوي، لا يحتاج فيه للبحث عن شروط العمل ويكفي تقليدهم فيه إذا سلم لهم ذلك، وإنما يحتاج للبحث في الشروط التي ذكرها الأئمة في العمل الذي يحكيه المتقدمون كابن سلمون وأضرابه). (18)

والفقهاء الذين يقولون بعدم لزوم ذكر من أجرى العمل، وإنما ذكره على سبيل الجواز، لهم سوابق من طرف الإمام مالك في هذا الموضوع بالنسبة لعمل أهل المدينة، فالإمام مالك في الموطأ لا يذكر أسماء من أجرى العمل، وإنما يكتفي بقوله : الأمر المعمول به عندنا وعليه العمل عندنا - ليس مما

(17) النوازل الكبرى للمهدي الوزاني 6/123.

(18) حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق ص 387 والنوازل الكبرى له 6/123.

مضى من أمر الناس - وهو الأمر المجتمع عليه عندنا الخ والذين يقولون
 بوجوب تسمية من أجرى العمل يستندون إلى الأسباب التالية وهي :
 إن الأحكام الشرعية لا تؤخذ عن النكرات المجهولين ولأن عدم معرفة من
 أجرى العمل يجعلنا أيضا لانستطيع الحكم عليه هل هو مؤهل لذلك أم لا ؟
 لأن من شروط ما جرى به العمل أن يصدر عن ما يقتدى به علما ودينا.
 وسوابق الإمام مالك في الموطأ في عدم ذكره من أجرى العمل انتقدها عليه
 الإمام الشافعي إذ قال : (ليت شعري من هؤلاء المجتهدون الذين لا يسمون،
 فإننا لانعرفهم، ولم يكلف الله أحدا أن يأخذ دينه عن من لا يعرفه). (19)

فيقول من ينادي بوجوب تسمية من أجرى العمل : إذا كان الشافعي
 ينتقد على مالك نقله لأحكام الشريعة عن من لا يسمون ولا يعرفون مع أن
 مالكا إمام من أئمة الاجتهاد، وقد كان في عصره وبلده أئمة مجتهدون، فإذا
 نقل فإنما ينقل عنهم، ومع ذلك انتقد الشافعي عليه عدم تسميتهم فماذا
 عسى أن يقال في الفقهاء المالكية المتأخرين الذين يذكرون في كتبهم ما جرى
 به العمل دون تسمية من أجرى ذلك العمل.

ويزيد بعض المتطرفين الذين لم يتضح لهم مفهوم نظرية الأخذ بما
 جرى به العمل فيذكر : (إن صاحب العمل الفاسي كان مقلدا وكان علماء
 عصره كلهم مقلدين لا يعرفون مدارك الأحكام وقواعد الاستدلال وقصارى
 أمرهم النقل عن فلان وفلان بدون بحث ولا نظر في ذلك النقل كأنه منزل
 من العليم الحكيم، لا يجادل منصف أن من هذا حاله وحال من ينقل عنه
 أحق وأجدر أن يقال له كلمة الشافعي : (ليت شعري من هؤلاء الذين
 لا يسمون فإننا لانعرفهم، ولم يكلف الله أحدا أن يأخذ دينه عن
 من لا يعرفه). (20)

(19) مناقب الإمام الشافعي للحافظ البيهقي 1/13 بنقل الأستاذ عبد الحي بن الصديق في بحثه
 (حكم تعايطي الدخان وطابة والتجارة فيهما والصلاة وراء متعاطيها) ص 10 مخطوط خاص.

(20) بحث حكم تعايطي الدخان وطابة والتجارة فيهما، والصلاة وراء متعاطيها للأستاذ عبد الحي
 ابن الصديق ص 10 وما بعدها مخطوط خاص.

ولنا على هذا الرأي ملاحظتان وهما :

الأولى :

119 - إن القول الذي جرى به العمل في الغالب يكون قولاً موجوداً في المذهب إما ضعيفاً أو شاذاً، وكثيراً ما يجري العمل بالراجح والمشهور من المذهب كما تقدم ذكر ذلك، وهذه الأقوال معروفة أصحابها الذين رويها أو خرجوها، وهناك كتب في المذهب اهتمت بجمع الخلاف والأقوال داخل المذهب المالكي كمنتقى الباجي والنوادر والزيادات على ما في المدونة وكذلك بعض شروح مختصر ابن الحاجب الفرعي وشروح مختصر خليل وكثير... غيرها، فإنها تذكر ما قيل في المسألة وتنسب القول لصاحبه. فعلى هذا، فإن القول الذي يجري به العمل يكون صاحبه معروفاً لكن الذي قد يكون مجهولاً هو من الذي اختاره دون الأقوال الأخرى وأجرى به العمل لأول مرة، فهذا غير مهم، لأن تبني ذلك القول وإقرار العمل به من طرف فقهاء مؤهلين، يجعل أولئك الفقهاء الذين أقرروا ذلك القول هم الذين اختاروه لجريان العمل به .

ومن عادة فقهاء المغرب المتأخرين أنهم لا يصفون قولاً من الأقوال بصفة الشهرة أو الرجحان أو العمل أو الضعف أو الشذوذ، إلا إذا كانت عندهم تلك الصفة ثابتة، واستقر الاصطلاح في المغرب، أن القول الذي سلمه الشيوخ المعترف لهم بالعلم والورع كالتاودي وبناني والرهوني والتسولي ومن يماثلهم من الفقهاء يكون هو القول الذي يجري به العمل.

وإذا انتقد على الشيخ سيدي عبد الرحمان الفاسي في نظم العمل الفاسي وعلى الشيخ السجلماسي في نظم العمل المطلق إنهما يذكران في كتابيهما بعض الأحكام التي لا تتوفر على شروط العمل، لعل السبب في ذلك : هو أن قصدهم أن يجمعوا كل ما قيل فيه أنه جرى به العمل، ثم في مرحلة الشرح

بين المقبول والمردود، فنظم العمل الفاسي تركه صاحبه بدون ترتيب ولا تبويب حتى جاء القاضي العميري فرتبه وبوبه.

ثم إن نظرية العمل وشروطها ومبانيها لم تتبلور وتحدد معالمها إلا مع الشيخ ميارة في شرح اللامية، والشيخ الهلالي في شرح خطبة المختصر.

الثانية :

120 - إن اعتبار جميع فقهاء المغرب في عصر الشيخ عبد الرحمان الفاسي كلهم مقلدون لا يعرفون مدارك الأحكام وقواعد الاستدلال اعتبارا غير صحيح، وذلك أن فقهاء المغرب في معظم العصور، وإن كانوا ملتزمين التقليد للمذهب المالكي، ولا سيما في قواعده وأصوله، لم يكونوا ملتزمين لذلك التقليد، لقصر باعهم وعدم معرفتهم للعلوم الاجتهادية، كلا، بل التزموا التقليد وسدوا باب الاجتهاد المطلق حفظا لوحدة الرأي، وخوفا من التفرقة بظهور مذاهب متعددة، وقطعا للطريق أمام المهندسين ذوي النوايا السيئة الذي يحرفون أحكام الشريعة تحت غطاء الاجتهاد، إما تملقا وتزلفا لأنظمة سياسية، وإما تخريبا للدين لفساد ذمهم، وقد حصل هذا فعلا من بعض الأفراد ولا سيما في الشرق الإسلامي. أما الكثير من فقهاء المغرب أمثال المقرئ صاحب القواعد، والشاطبي صاحب الموافقات، وعبد الرحمان الفاسي صاحب العمل الفاسي الموصوف بسيوطي زمانه، وعمر الفاسي شارح التحفة والزقاقية وبناني محشي الزرقاني، والرهوني محشي الزرقاني، وابن غازي صاحب تكميل التقييد، والمنجور شارح المنهج المنتخب، وميارة صاحب تكميل المنهج، وأبو علي اليوسي شارح جمع الجوامع، وأبو علي بن رجال المعداني حافظ المذهب، وأحمد بن عبد العزيز الهلالي صاحب نور البصر في شرح خطبة المختصر، والحافظ أبو العلاء العراقي الذي وصف بأنه أحفظ من ابن حجر، والتاودي بن سودة وغيرهم كثير. هؤلاء الفقهاء

بإستطاعتهم أن يكونوا مجتهدين لو أرادوا لأنهم يعرفون مدارك الأحكام وقواعد الاستدلال، فإنهم قد درسوا واستوعبوا كتب اللغة والحديث والتفسير والأصول ومقاصد الشريعة وقواعد الفقه والخلاف العالي والمذهبي وغيرها من العلوم، لكنهم التزموا المذهب المالكي للأسباب المذكورة أعلاه.

الفصل الثالث

كيفية ثبوت العمل في وقتنا الحاضر

121 - نذكر في البداية أنه بعد التنظيمات القضائية التي اتخذت في المغرب خلال فترة الاستعمار وبعد استقلال البلاد أصبح نطاق القضاء الذي يستند في أحكامه إلى الفقه الإسلامي ولا سيما المذهب المالكي نطاقا ضيقا محدودا في مسائل الأحوال الشخصية والميراث والعقارات غير المحفظة، وبهذا بقيت الجوانب الأخرى من القضاء المغربي وهي الأكثر شمولاً كقضايا العقود والالتزامات والمسؤولية التقصيرية، وبصفة عامة الجانب الأكبر من القانون المدني والتجاري والاجتماعي والجنائي والإداري والدولي العام والخاص، بقيت هذه الجوانب يستند فيها القضاة إلى ما خلفه الاستعمار الفرنسي في المغرب من تشريعات وقوانين وأحكام ومن عقليات. وقصدنا في بيان كيفية ثبوت العمل القضائي في المغرب في وقتنا الحاضر إنما ينصرف إلى القضاء الإسلامي، أي القضاء الذي يستند في أصوله العامة المباشرة وغير المباشرة إلى القرآن والسنة وما استنبطه منها فقهاء المذهب المالكي.

إن ثبوت العمل القضائي الإسلامي في المغرب إذا كان من الناحية الموضوعية ما زال يستند إلى مراجع الفقه الإسلامي فإنه من الناحية الشكلية من حيث إصدار الحكم وتدوينه ووسائل نشره، فإنه أصبح يأخذ بالتنظيمات الحديثة تبعا للتطور الزمني.

ومن الناحية الواقعية نجد أن شكل ثبوت العمل يظهر في صورتين :

الصورة الأولى :

122 - يثبت العمل في شكل تقنين، هذا الشكل وإن لم ينشأ نتيجة دعوى مرفوعة أمام القاضي لكنه ينشأ بسبب مشكل واقعي مطروح للحل، فيحاول مشرع القوانين إصدار أحكام لحل تلك المشاكل، وكما أن الصنف الذي ينشأ نتيجة دعوى يكون له مقال ووقائع وحيثيات، فإن الصنف الذي ينشأ نتيجة تشريع تكون له أعمال تحضيرية تتضمن المشروع الأصلي ومذكرته التفسيرية وما دارت حوله من مناقشات.

وأكثرية أحكام التقنين تختار من بين أقوال فقهاء المذهب المالكي، وقليل منها يختار من أقوال فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى، فهذا القول المختار والذي يستند المشرع في اختياره غالبا إلى نفس الأسس التي يرجح بها القول الذي يجري به العمل، من مصلحة وعرف وحاجة وضرورة. وكمثال على هذا قانون مدونة الأحوال الشخصية المغربي. وبناء على ما تقدم فإن القول المذكور في التشريع المأخوذ من المذهب المالكي يكون هو القول الذي يجري به العمل، بالنسبة للأقوال الأخرى، ويستحق التقديم عليها.

الصورة الثانية :

123 - إن الأحكام التي تختار وتجمع في تقنين وتنشر مسبقا في الجريدة الرسمية تبقى في حاجة إلى تكميل وإلى بيان، وذلك أن بشرية المشرع تجعله معرضا للسهو والنسيان، وكل ما يقصر أو يسكت عنه التشريع يكمله القضاء بالرجوع إلى مصادر احتياطية.

ومن أجل هذا وقع النص في مدونة الأحوال الشخصية عند نهاية عدة كتب منها أن (كل مالم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك) فصول : 82 - 172 -
(216 - 297).

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري إنه :
(إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا
لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى
مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

إن ثبوت الأحكام القضائية اليوم منظمة بمقتضى قانوني المسطرة
المدنية والمسطرة الجنائية، ولتأكيد هذا الثبوت يشترط قانون المسطرة المدنية
أن تصدر الأحكام في جلسة علنية، وأن توقع من طرف القاضي وكاتب
الضبط(21) ويثبت كاتب الضبط الحكم في محضر الجلسة ويشار إلى تاريخ
صدوره في سجل (ف 51) وتسلم نسخ من الأحكام مصادق على مطابقتها
للأصل بواسطة كاتب الضبط (ف 53) ولكن هذا الثبوت خاص قاصر على
المحكمة، لا يطلع عليه إلا أفراد قلائل. ولكي يكون ثبوتاً عاماً يمكن أن يطلع
عليه كل من أراد ذلك يقوم أصحاب المجلات والنشرات المختصة في العلوم
القضائية باستخلاص مبادئ وقواعد من تلك الأحكام التي تصدرها المحاكم
ولا سيما محكمة المجلس الأعلى وتنشرها في المجلات، وغالب المجلات
لا يقتصر على تلك المبادئ القياسية فقط، بل تذكر المبدأ أولاً ثم تتبعه بجميع
مشمولات الحكم. وهذا التنظيم الحديث لثبوت الأحكام خفف من كثرة
الخلافاً التي كانت تثار قديماً حول ثبوت ما جرى به العمل.

(21) إشارة إلى فصول قانون المسطرة المدنية المغربية لعام 1974.

الباب الثاني

اندراج العمل تحت أصل شرع وطرق الاندراج

الباب الثاني

اندراج العمل تحت أصل شرعي وطرق الاندراج

ندرس هذا الباب حسب الفصول الآتية :

الفصل الأول : اندراج العمل تحت أصل شرعي.

الفصل الثاني : طرق الاندراج.

الفصل الثالث : دراسة تطبيقية لبيان اندراج المسائل تحت الأصول الشرعية.

الفصل الأول

اندراج العمل تحت أصل شرعي

هناك كثير من أقوال الفقهاء تنص على وجوب اندراج العمل تحت أصل شرعي (فرع أول).

وهناك بعض الباحثين يظن بل ويعتقد أن مسائل العمل لا تندرج تحت أصول شرعية، وبالتالي لا يصح الاستدلال بالعمل (فرع ثان) وهل ظن هذا الباحث واعتقاده صحيح أم غير صحيح ؟ ذلك ما نبحثه في تعقيبنا عليه (فرع ثالث).

الفرع الأول : أقوال الفقهاء التي تنص على وجوب اندراج العمل تحت أصل شرعي.

124 - إن إجراء العمل كما تقرر هو الاختيار والترجيح، وهذا الاختيار والترجيح ليس أمرا موكولا إلى هوى الشخص الذي يختار ويرجح، بل يجب أن يستند ذلك الاختيار وذلك الترجيح إلى أدلة شرعية، إلا أن الفقهاء الذين بحثوا في شروط العمل لم يوجبوا أن يكون الدليل المستند إليه في العمل دليلا معينا وخاصا، بل اكتفوا بالدليل العام وروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها، ويستفاد هذا مما قرره الفقهاء، فقد ذكروا أن العمل يجب (أن يكون قابلا للاندراج تحت أصل عام شرعي)(1) (وأن يكون جاريا على قوانين الشرع)(2).

(1) التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية للأستاذ علال الفاسي ص 7 طبعة (ستنسيل) بكلية الحقوق.

(2) حاشية أبي الشتاء الصنهاجي على شرح التاودي للامية الزقاق 265/2.

فالفقهاء لم يشترطوا في المسألة التي يجري بها العمل أن يكون لها دليل معين بل اشترطوا فقط (أن لا تكون مصادمة ولا معارضة، لنص من النصوص الشرعية ولا لمصلحة أقوى منها) يعني اشتراط السلامة من المعارض الراجح واشترط الهلالي السلامة حتى من المعارض المساوي لا من المعارض الراجح فقط⁽³⁾ وهناك من اشترط أكثر من هذا إذ نص على أنه يجب (أن يكون ما جرى به العمل قولاً منصوصاً لبعض العلماء المتقدمين أو المتأخرين وإن كان هذا القول المنصوص ضعيفاً، فيعمل به إذا ترجح لمصلحة ونحوها)⁽⁴⁾ ولكن الغالب هي أن مسائل العمل تكون وقائع وجزئيات لم يرد النص بها بذاتها،⁽⁵⁾ وإنما ورد بقواعد وكميات فعمل المفتي أو القاضي هو البحث هل يمكن اندراج تلك الوقائع والجزئيات تحت الأحكام المنصوصة، أو يبحث عن نظير يمكن إلحاق به هذه الوقائع والجزئيات. وقد يبدو تعارض بين من يشترط في العمل (عدم ضعف مأخذه)⁽⁶⁾ وبين من يجيز (أن يكون له مدرك ولو ضعيف)⁽⁷⁾ وهذا التعارض ظاهري فقط

(3) شرح خطبة المختصر للهلالي ص 5 - م 21.

- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للشيخ الحجوي 4 / 227.

(4) شرح السجلماسي على العمل الفاسي 1 / 87.

(5) وذلك أن النصوص الواردة عن الشارع في الكتاب والسنة، أو النصوص الواردة على إمام المذهب وأصحابه، لبيان أحكام الحوادث، متناهية، لأنها دخلت في الوجود الخارجي وكل ما دخل في الوجود الخارجي فهو متناه وأما الحوادث فهي تتجدد بتجدد الأزمان والأشخاص لا تنقضي إلا بانقضاء الدنيا، أما النصوص فقد توقفت بوفاء الرسول ﷺ وكذلك توقفت نصوص إمام المذهب بوفاته، ولا بد لكل حادثة من تلك الحوادث التي لا تنتهي من حكم عند الله تعالى، يؤخذ من تلك النصوص المتناهية، ولا يمكن عقلاً ولا شريعاً أن يكون كل حكم من أحكام تلك الحوادث الجزئية التي تتجدد بتجدد الأزمان والأشخاص والأحوال مذكوراً صريحاً في تلك النصوص بعينه ودالة عليه بشخصه، بل لابد أن يكون مندرجاً فيها اندراج الجزئيات في الكليات بواسطة طرق الاندراج التي سنذكرها فيما بعد (انظر - كتاب أحسن الكلام فيما يتعلق بالسنة والبدعة من الأحكام) ص 6 - 7 للشيخ محمد بهيت المطيعي.

(6) التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية للأستاذ علال الفاسي ص 7 طبعة (ستنسيل) بكلية الحقوق.

(7) رفع العتاب والملام عن من قال العمل بالضعيف اختياراً حرام للشيخ محمد بن قاسم القادري ص 26.

غير حقيقي، لأنه راجع إلى معنى الضعيف، لأن الضعيف كما تقدم نوعان :

أ - ضعيف نسبي.

ب - وضعيف المدرك.

125 - (فالأول) هو الذي عارضه ما هو أقوى منه فيكون ضعيفا بالنسبة لما هو أقوى منه وإن كان له قوة في نفسه، فهذا الضعيف إذا استطاع أحد الفقهاء أن يقويه بإحدى موجبات الترجيح جاز أن يؤخذ به في جريان العمل.

(الثاني) أي ضعيف المدرك : هو الذي خالف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي، فيكون ضعيفا في نفسه، وهذا النوع من الضعيف هو المقصود عند الفقهاء عندما يشترطون في العمل أن يكون مدركه غير ضعيف.

الفرع الثاني : ما يعتقده بعض الباحثين من أن مسائل العمل لاتندرج تحت أصول شرعية، وبالتالي لا يصح الاستدلال بالعمل.

126 - لقد استشكل بعض الباحثين (7) وجه الاستدلال بالعمل، إذ تسائل قائلا : (ما هي مرتبة العمل الفاسي والعمل المطلق، من أدلة الأحكام المعروفة، هل هما في مرتبة الكتاب والسنة المجمع على حجيتها ؟ أم في مرتبة الإجماع والقياس المتفق على حجيتها عند الجمهور ؟ أم في مرتبة الأدلة المختلف في حجيتها كعمل المدينة وعمل الصحابي والمصلحة المرسله والاستحسان مما ذكره علماء الأصول في كتاب الاستدلال ؟

(7) عبد الحق بن الصديق في بحث حكم تعاطي الدخان وطابه ص 14 مخطوط خاص.

يقول : إنني لست أدري ماهي مرتبته ولا الصفة التي جعل فقهاء المغرب لأجلها العمل أصلا من أصول المذهب ؟ كما أنني لا أدري لماذا غفل علماء الأصول على اختلاف مذاهبهم عن ذكر هذا الدليل الذي تنبه له فقهاء المغرب، في كتب الأصول ؟

فلقد أخطأوا خطأ شنيعا في عدم ذكرهم لهذا الدليل العظيم ولدقة نظر الفقهاء المالكية بمصر والشام وغيرهما من بلاد المشرق أنه لم يخطر ببال أحد منهم أن يقول : أن العمل أصل من أصول المذهب فلا تجد أحدا منهم يستدل به في كتب الفقه، وقد أصابوا وأحسنوا، أما فقهاء المغرب فاتخذوه أصلا من أصول المذهب بدون حجة ولا برهان، فأخطأوا وأساءوا، أخطأوا في قياسهم له على عمل المدينة لوجود الفوارق الكثيرة بين الأصل والفرع، وأساءوا في اتخاذهم إياه أصلا من أصول المذهب إذ لا دليل لهم على ذلك من عقل ولا نقل إلا ذلك القياس الفاسد المبني على أس منهار). (8)

127 - ونحدد نقط الاستشكال والانتقاد التي أثارها هذا الباحث حول وجه الاستدلال بالعمل فيما يلي :

1 - ينتقد كون العمل أصلا من الأصول أو دليلا من الأدلة، وأنه لا أثر له في الأحكام.

2 - يلاحظ أن الاستدلال بالعمل واتخاذ أصلا من الأصول، خاص بفقهاء المغرب، وإن فقهاء المالكية بالمشرق الإسلامي في مصر والشام لم يخطر ببال أحد منهم أن يقول: إن العمل أصل من أصول المذهب أو يستدل به.

3 - يستبعد قياس عمل الفقهاء في الأقاليم على عمل أهل المدينة لوجود الفارق بينهما في نظره.

(8) المرجع السابق ص 14.

الفرع الثالث : تعقيبنا على من يعتقد عدم الاستدلال بالعمل.

أولا : وجه الاستدلال بعمل الفقهاء.

128 - إن الفقهاء لما قرروا إجراء العمل بحكم من الأحكام، لم يقرروا ذلك استنادا إلى هوى النفس أو لمجرد التخمين والصدفة، بل استندوا في إجراء الأعمال إلى الأدلة الشرعية العامة، فالعمل وإن كان ليس دليلا بنفسه، لكنه مستند إلى دليل عام شرعي، حقيقة أن مسائل العمل في غالبها لا تستند إلى أدلة خصوصية، ولكنها لا بد أن تندرج تحت أصول شرعية عامة، وهذا راجع إلى طبيعة مسائل العمل، لأن نطاق مسائل العمل قاصر على إحدى جوانب الفقه الإسلامي، أي الجانب المبني على أصول قابلة للتطور كأصل الضرورة والمصلحة والعرف ونحو ذلك، والجانب المبني على علل متغيرة بحيث إذا تغيرت العلة تغير الحكم المبني عليها، فالعمل لا يتدخل في المسائل الوارد بشأنها نص قطعي في الكتاب أو السنة، لأن المسائل المبنية على نصوص قطعية لا خلاف فيها، والعمل لا يتدخل إلا في مسائل الخلاف أو في المسائل التي لم يستنبط لها الحكم، وكذلك العمل لا يتدخل في المسائل التي لا تقبل التغيير والتطوير أي التي تعبر عن حقائق ثابتة وواحدة في جميع الأمكنة والأزمنة كمسائل العقائد والعبادات وأكثرية مسائل الميراث والأحوال الشخصية، وكذلك لا يتدخل العمل في القواعد الأمرة أو الناهية كقضايا الحدود الواجبة والمحرمات. وإنما يقتصر العمل على تنظيم الحلال والمباحات. وحتى هنا في هذه المنطقة المحدودة لا بد أن يستند فيها العمل إلى أدلة شرعية ولو عامة، وقد وجدنا بعد تتبع مسائل العمل أن أكثريتها يستند إلى أصول وأمارات عامة، كأصل الضرورة والحاجة والعرف والمصلحة وسد الذريعة أو انتفاء الموجب، وهذه الأدلة العامة، وإن كانت عقلية لكنها تستند إلى أدلة نقلية من الكتاب والسنة، وسنبين ذلك إن شاء الله في الباب الرابع من هذا القسم الثاني.

ثانيا : سبب الاستدلال بالعمل عند مالكية المغرب دون

مالكية المشرق

129 - يرجع هذا السبب إلى أن المذهب المالكي في العصر التركي وما بعده في المشرق لم يكن مذهب قضاء، وإنما كان يدرسه بعض الطلبة، ويعمل به بعض الناس في مسائل العبادات، ونظرية العمل إنما هي وليدة التطبيق القضائي لقواعد الفقه الإسلامي، فنظرية العمل لم تنشأ على يد الفقهاء المدرسين وإنما نشأت على يد القضاة والمفتين، وذلك أنه لما كانت تحصل وقائع ونوازل في المجتمع المغربي، يذهب أصحابها عند القضاة والمفتين لإعطاء الحل الإسلامي لتلك النوازل، وكمثال على ذلك شهادة اللفيف، فالمشهور في المذهب أن يكون الشهود عدولا، ولكن إذا ساءت أخلاق الناس وقل العدول بينهم أو لم يتيسر حضورهم عند الحاجة، فبماذا يثبت الناس تصرفاتهم ؟ في هذه الظروف أجاز القضاة شهادة اللفيف وجرى بها العمل.

والمذاهب الفقهية الأخرى التي اتخذت مذهباً للقضاء في المشرق كالمذهب الحنفي، سلك فقهاؤه طريقاً يشبه طريق العمل عند فقهاء مالكية المغرب، فرسالة (عقود رسم المفتي) ورسالة (نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف) اللتان ألفهما الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين،⁽⁹⁾ تعبران عن نظرية تشبه نظرية العمل في المذهب المالكي، فرسالة (عقود رسم المفتي) تبين منهج الحنفية في الترجيح بين ظاهر الروايات والأقوال. ورسالة نشر العرف تبين منهج الحنفية في تطور الأحكام تبعا لتغير الزمان والمكان.

(9) ابن عابدين : هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي : فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره مولده ووفاته في دمشق 1198 - 1252هـ. له حاشية رد المحتار على الدر المختار، ونسبات الأسحار على شرح المنار، ومجموعة رسائل عددها 32 رسالة وله مؤلفات أخرى. الأعلام للزركلي 6/267.

ونظرية العمل تعبر عن عدم جمود الفقه الإسلامي، فإذا كان الأئمة أصحاب المذاهب واجهوا مشاكل عصرهم بالاجتهاد المطلق، وإذا كان مجتهدوا المذهب قد واجهوا مشاكل عصرهم بمنهج الاستنباط على أصول وقواعد إمامهم فإن طبقة مجتهدى الفتوى واجهوا مشاكل عصرهم بتطبيق الكليات على الجزئيات وبتخريج الوقائع الجديدة على الأحكام الثابتة في المذهب، وباختيار أحد الأقوال المناسبة للحالة، ولو كان ذلك القول ضعيفا أو شاذا إذا كانت هناك أمارات شرعية تؤيد العمل بذلك القول، ومن جملة الأمارات : دواعي الضرورة والحاجة والمصلحة، وكذلك العرف والعادة التي لا يعارضها نص قطعي من كتاب أو سنة.

ثالثا : قياس عمل الفقهاء على عمل أهل المدينة.

130 - هناك بعض أوجه الشبه بينهما من ذلك :

1 - كان مالك إذا تعارضت لديه الأدلة أخذ بما صحبه عمل أهل المدينة، فالفقهاء قاسوا على هذا وقالوا: إذا تعارضت الأقوال يوخذ بما صحبه عمل الفقهاء في البلد الذي جرى فيه العمل.

2 - سبق في الباب المخصص لعمل أهل المدينة، فذكرنا الأسس التي بني عليها ذلك العمل، ومن تلك الأسس استمرار العمل من طرف أكثر الناس بمن فيهم فقهاء التابعين، والاستمرار أحد عناصر العرف، وكذلك عمل الفقهاء كثيرا ما يعتمد على العرف.

3 - وأكثر عمل أهل المدينة يكون من أقضية وفتاوي الصحابة والتابعين، وهؤلاء أدرى بفهم النصوص وتطبيقها، وكذلك عمل الفقهاء يكون من أقضية وفتاوي العلماء ذوي أهلية الترجيح. ومن أوجه الشبه هذه كان هناك تأثير لعمل أهل المدينة في عمل فقهاء الأقاليم (الأندلس والمغرب).

الفصل الثاني طرق الاندراج

نبحث هذا الفصل في فرعين :

الفرع الأول : مبادئ عامة في طرق الاندراج.

الفرع الثاني : قواعد منطقية وأصولية تراعى في إدراج المسائل تحت الأصول الشرعية :

الفرع الأول : مبادئ عامة في طرق الاندراج.

131 - إن القضايا والنوازل لما تطرح على المفتي أو القاضي، يقوم بتقدير الوقائع وإبرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقاعدة الفقهية الواجبة التطبيق عليها، (10) فيقوم بعملية إدراج تلك الوقائع تحت أصل شرعي وهذا العمل كثيرا ما يؤدي إلى إبراز أقضية وفتاوي تختلف ببعض العناصر عن الحكم الكلي أي المشهور في المذهب، وذلك أن كل صورة من الصور النازلة تعتبر نازلة جديدة في نفسها ولم يتقدم لها نظير وإن تقدم لها في نفس الأمر فلم يتقدم لنا، وعلى فرض أنه تقدم لنا مثلها فلا بد من النظر من كونها مثلها أولا.

وهذا العمل الذي يقوم به المفتي أو القاضي، والذي يسميه الشاطبي: (11) (اجتهادا بتحقيق المناط) أمر لازم حتى بالنسبة للمقلدين، لأن الأحكام

(10) نظرية الأحكام في قانون المرافعات ص 271 د. أحمد أبو الوفاء - قواعد المرافعات ذ. العشماوي 994/2

(11) الموافقات 4/89.

الفقهية، (12) لم تنص على حكم كل جزئية على حدها وإنما أتت بأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول أعدادا لا تنحصر، ومع ذلك فلكل معين خصوصية، ليست في غيره، ولو في نفس التعيين، فيستمر المفتي أو القاضي في المواءمة بين الوقائع والأحكام الفقهية حتى يتحقق تحت أي دليل تدخل، وقد تأخذ تلك الوقائع والنوازل بشبهه من عدة أدلة، فيكون الأمر أصعب.

132 - والجدير بالذكر أن عملية إدراج النوازل تحت الأدلة إنما هي عمل منطقي، وتدريب وصناعة، لأنه قد يكون إنسان حافظ لقواعد الفقه ونصوصه، ولكنه لا يستطيع تطبيق النصوص على النوازل.

وقد قال الفقهاء في هذا الموضوع : (إن القضاء والفتوى صناعة كلاهما يحتاج إلى نظر وإمعان في جزئيات المسائل حتى يتبين لهما اندراجها تحت كليات الفقه، وإدراج الجزئي تحت الكلي عسير لكثرة ما يقع فيه من الاشتباه بسبب اشتغال الجزئي على أوصاف مختلفة بعضها ينزع إلى هذا الكلي وبعضها ينزع إلى غيره، وهو بأحدهما أمس منه بالآخر وربما كانت الجهة التي هو بها أمس دقيقة تخفى على غير الفاطن). (13)

(12) فالأحكام الفقهية تصاغ على شكلين :

أ - نوع يصاغ على شكل أسئلة وأجوبتها، كمدونة سحنون وكتب النوازل مثل معيار الونشريسي ومعيار الوزاني، ومجموعات الأحكام أو النشرات أو المجلات التي تصدر متضمنة أحكام المحاكم، ولا سيما أحكام وقرارات المجلس الأعلى. فهذا النوع من الصياغة يستعمل في كتب القضاء والإفتاء فإذا أردنا الاستفادة منه في الفتوى والقضاء فلا بد من استعمال القياس الفقهي لإلحاق النظر بنظائره، ولابد من التدقيق في البحث على العناصر المتشابهة، وليس هذا اجتهدا مطلقا بل اجتهدا بتحقيق المناط فقط يعرفه الإنسان بذكائه وفطنته وبعض قواعد القياس.

ب - ونوع ثان يصاغ على شكل دراسة نظرية تبدأ بتعريف الموضوع ثم بذكر أركانه وشروطه مع تنبيهات وتعليقات، وهذا النوع من الصياغة يستعمل في الكتب الدراسية ومن أشهر هذا النوع في المذهب المالكي شروح مختصر ابن الحاجب الفرعي، وشروح مختصر خليل وشروح التحفة ولباب اللباب لابن راشد القفصي، وقوانين ابن جزي.

ومثل هذا النوع محاضرات أساتذة الفقه على طلبتهم.

فإذا أردنا أن نستفيد من هذه الكتب في ميدان الإفتاء والقضاء فلا بد من الاستعانة ببعض قواعد المنطق والأصول والبلاغة، كقواعد الكلي والجزئي والمفهوم والمصدق والقياس المنطقي والعام والخاص والتخصيص، والمطلق والمقيد، وصيغ الخبر والأمر والنهي، وقرائن صرفها عن معناها الأصلي إلى معنى آخر.

(13) انظر شروح وحواشي لامية الزقاق : الوزاني ص 31 - عمر الفاسي ص 7.

الفرع الثاني : قواعد منطقية وأصولية تراعى في إدراج المسائل تحت الأصول الشرعية.

133 - إن اشتراط اندراج مسائل العمل تحت الأصول الشرعية يقتضي منا أن نشير إلى الأساليب المستعملة في الربط بين المسائل وأدلتها، ومن تلك الأساليب : القياس المنطقي - الاستقراء - التمثيل أو القياس الأصولي، فنخصص مطلباً لكل نوع.

المطلب الأول : القياس المنطقي.

134 - يساعد القياس المنطقي على الربط بين المسائل والدليل بطريق اندراج المسائل تحت الدليل لكون الدليل أعم أو في حكم الأعم، ويكون من الاستدلال بالكلي على الجزئي، (14) وذلك أن الأحكام الفقهية تكون قواعد كلية عامة ومطلقة قابلة للانطباق على عدة حالات، فإذا حصلت لنا حالة من الحالات وأردنا البحث فيها هل هي مقبولة شرعاً أو ممنوعة، وهل النصوص تتناولها أم لا ؟ نركب قياساً، وليس ضرورياً أن نركبه على شكل ما في كتب المنطق بل المهم أن يكون هناك تسلسل في الأفكار وترابط بينها، فيجوز حذف بعض الحدود أو زيادة بعض العبارات للتوضيح سيما وأن التراكيب المنطقية ركيكة، وقد كان يستعمل الفقهاء الأولون هذا القياس قبل ترجمة منطق اليونان، ولكنهم لم يكونوا يراعوا الترتيب بوضع المقدمة الصغرى ثم الكبرى ثم النتيجة.

فقد استعمل ابن القاسم هذا القياس إذ جاء في المدونة لسحنون : (قلت رأيت ما تطاير علي من البول قدر رؤوس الإبر هل تحفظ من مالك فيه شيئاً قال : أما هذا بعينه مثل رؤوس الإبر فلا، ولكن قول مالك يغسل قليل البول وكثيره من الثوب). (15)

(14) شرح السلم للشيخ سعيد قدورة ص 199 - المطبعة الأميرية ببولاق مصر 1318هـ.

(15) المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون 22/1 - صورة بالأوفست عن مطبعة السعادة بمصر.

فإن قول ابن القاسم : أما هذا بعينه.. فإنه يدل أنه حفظ ما يتناوله، وإيراد الكلية بمثابة استعماله قياساً حذفته صغراه للعلم بها، إذ عنها وقع السؤال.

وترتيب قياسه أن يقال : مثل رؤوس الإبر من البول قليل - وقليل البول نجس في قول مالك - فمثل رؤوس الإبر من البول نجس في قول مالك.

المطلب الثاني : الاستقراء

135 - ينقسم الاستقراء (16) إلى تام وناقص :

فالاستقراء التام : هو الحكم على الكلي بما حكم به على جميع أفرادها.
والاستقراء الناقص : هو الحكم على الكلي بما حكم به على بعض أفرادها، ويسمى الفقهاء الاستقراء الناقص «إلحاق الفرد بالأغلب».
فالاستقراء التام : يحصل بتصفح جميع أفراد الشيء المبحوث فيه، والناقص لا يتصفح فيه إلا بعض أفراد الشيء المبحوث فيه فقط، وذلك إما لاستحالة تصفح جميع الأفراد، أو لأي مانع آخر. (17)

وبواسطة ثبوت الحكم للكلي بطريق الاستقراء، يثبت أيضاً للصورة المخصوصة المتنازع فيها، فتتبع أحكام الجزئيات هو الذي استنتج منه الحكم العام، والحكم العام يشمل حكم ما استقرئ منها وما لم يستقرأ من الجزئيات، وبهذا الأسلوب يقع الربط باندراج الدليل تحت المطلوب لكون

(16) عرف الشيخ عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنكيطي في نشر البنود على مراقي السعود 3/ 135 الاستقراء بأنه : (هو الاستدلال بحال ماعدا صورة النزاع من الجزئيات المعلوم بالتتابع على صورة النزاع).

(17) المنطق التوجيهي د. أبو العلا عفيفي ص 86 مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بمصر 1953.

المطلوب أعم. ويشترط في الاستقراء الناقص أن يكون ثبوت الحكم للبعض يحصل معه ظن عموم الحكم. (18)

وقد استدل الفقهاء بقاعدة الاستقراء على أن أقل سن الحيض تسع سنين، وأن أقله يوم وليلة. وأكثره خمسة عشر يوما، وغالبه ستة أو سبع، وهذا الاستقراء غالبا يعتمد فيه على الخبراء كالأطباء، وتحديد أقصى أمد الحمل بسنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة يستند إلى الاستقراء. (19)

المطلب الثالث : التمثيل أو القياس الأصولي.

136 - تتحقق المناسبة هنا باندرج كل من المطلوب والدليل تحت أمر شامل لهما لكون كل منهما لا يدخل بنفسه تحت الآخر ويكون من الاستدلال بالجزئي على الجزئي. (20)

والاستدلال بهذا القياس هو المستعمل كثيرا عند الفقهاء، فقد استعمله المجتهدون المطلقون، ويستعمله أيضا مجتهدوا المذهب والفتوى في إلحاق مسألة بنظيرتها مما نص عليه المجتهد المطلق أو اتباعه من مجتهد في التخريج، ويستعملونه أيضا في ترجيح قول من أقوال الإمام في مسألة

(18) الضياء اللامع في شرح جمع الجوامع للشيخ أحمد بن حنبل 3/134.

- دروس في الأصول بكلية الشريعة فاس للأستاذ العربي الشامي ص 12 مخطوط خاص.

- نشر البنود على مراقبي السعود للشيخ عبد الله بن إبراهيم الشنقيطي 3/135 الطبعة الحجرية بفاس.

(19) عقد وزير العدل المغربي مؤتمرا صحفيا بتاريخ 9/12/1957 صرح فيه أن تحديد سن الزواج روعي فيه الناحية الطبية، لأن عدة تقارير قدمت للوزارة من أطباء اختصاصيين توضح الأخطار التي تتسبب عن الزواج قبل سن 15 من ناحية الحمل مثلا، وقد توصل هؤلاء الأطباء إلى أن عدة أمراض تصيب الفتاة إذا تزوجت قبل 15 سنة (تعليق على مدونة الأحوال الشخصية للأستاذ الجواد الصقلي ص 3 - طبعة ستنسيل) وقد انتقد هذا الفصل أي 8 من مدونة الأحوال الشخصية المأخوذ عن القانون الفرنسي والمصري كل من الأستاذ الجواد الصقلي والأستاذ : سيد عبد الله حسين في كتابه المقارنات التشريعية 1/116 وما بعدها.

(20) دروس في أصول الفقه بكلية الشريعة للأستاذ العربي الشامي ص 16 مخطوط خاص - شرح السلم للشيخ سعيد قدورة ص 199.

بقياسه على قوله في مسألة أخرى تماثلها ولم يختلف قوله فيها. والمقلدون العاديون يعتمدون أيضا على هذا القياس، لأن النوازل التي تحدث اليوم ليست هي عين النوازل التي أفتى فيها الفقهاء السابقون فهم يبحثون هل هي مثلها فتلحق بها أم لا ؟

وكمثال لهذا القياس : إلغاء الغرر اليسير في أنقاض الدار - نظيره إلغاء الغرر اليسير في قطن الثوب، ورداءة باطن الفواكه. (21)

(21) شرح المنهج المنتخب للشيخ محمد بن علي ص 178 مطبعة البوعقيلي بالدار البيضاء.

الفصل الثالث

دراسة تطبيقية لبيان اندراج المسائل تحت الأصول الشرعية

وندرس هذا من خلال مسألتين :

- 1 - مسألة الرد في الريال (فرع أول).
- 2 - مسألة قسمة المنتوج الزراعي على رؤوس من نتج عن خدمتهم (فرع ثان).

الفرع الأول : مسألة الرد في الريال

137 - ومعنى الرد : هو أن يعطي الإنسان ريالاً أو درهماً فيأخذ بنصفه سلعة كالطعام ونحوه، ويرد عليه النصف الآخر فضة. (22)

والذي كان معروفاً في المذهب المالكي هو الرد في الدرهم، والرأي الأخير لمالك فيه هو الجواز، وبه أخذ ابن القاسم وأشهب وهو المشهور المعمول به، وذهب سحنون إلى المنع. ووجه ما ذهب إليه مالك في الاجتهاد الأخير ما ثبت عنه من قول : كنا نمنع الرد في الدرهم، ويخالفنا أهل العراق، ثم أجزأناه لضرورة الناس لأنهم لا يقصدون به صرفاً. (23)

وعلى المشهور من جواز الرد في الدرهم، فلا بد من توفر شروط، إذا فقدت كلها أو بعضها امتنع الرد، وتلك الشروط هي :

(22) شرح السجلماسي للعمل القاسي 131/1 - وشرح عبد الرحمان الثعالبي على مختصر ابن الحاجب الفرعي 791/1 مخطوط خاص.

(23) شرح السجلماسي السابق 132/1.

- 1 - أن يكون ذلك في درهم واحد.
 - 2 - أن يكون المردود النصف فدون.
 - 3 - أن يكون ذلك في بيع أو ما في معناه من إجارة أو كراء لا في قرض أو صدقة أو هبة لتأديته إلى الربا المتفق عليه.
 - 4 - أن يكون الدرهم مسكوكا لئلا يصير بيع فضة بفضة من غير مراطة.
 - 5 - أن تتحد سكتهما يعني أن يكون النقدان معا متعاملا بهما.
 - 6 - أن يكون الدرهم معروف الوزن والمردود كذلك، فلو لم يعرف كان بيع الفضة بالفضة جزافا ولا خفاء في منعه.
 - 7 - أن يكون يدا بيد بأن تنقد السلعة والدرهم، والنصف المردود خوفا من التأخير بين الفضتين. (24)
- 138 - وفي العصر الوطاسي والسعدي لما نشأت العلاقات التجارية بين المغرب وإسبانيا والبرتغال، دخلت عملة هاتين الدولتين إلى المغرب، وكانت تسمى الريال، وهذه العملة كانت فضية.

وقد ثارت مشكلة الرد في الريال وكذا مبادلتة وصرفه بالدرهم المغربية، هل يجوز أم لا ؟ لأن المذهب المالكي يشترط في مبادلة العين الذهب والفضة بمثلها شروطا منها : أن يتساويا في العدد، وليس الريال الكبير الإسباني بمساو للدرهم المغربية الصغيرة، وأن يتحدا في السكة، وهل يعتبر الريال متحد السكة مع دراهمنا أو لا ؟ وهل يجوز لمن عليه دين من قرض أو بيع من دراهمنا أن يدفع لرب الدين عوضه من الريال أم لا ؟ أجاب معظم

(24) شرح العمل الفاسي لعبد الصمد كَنُون ص 25 - وشرح السجلماسي على العمل الفاسي 1/132 وما بعدها.

الفقهاء على تلك الأسئلة بالنفي، وخالفهم مفتي فاس محمد القصار (25) فجوز مبادلة الريال والرد فيه بالدرهم، وتعددت المناظرة بينه وبينهم، واتفقوا في النهاية على الأخذ برأيه، وبه جرى العمل. (26)

139 - وقد استند الشيخ القصار في إجراء العمل بالرد في الريال على قاعدة القياس، فألحق الريال بالدرهم، وكأن الريال درهم كبير فتجري فيه جميع الشروط المذكورة في الرد بالدرهم من اتحاد الريال، وكون المردود نصفاً فأقل إلى آخر الشروط السبعة المتقدمة.

ومن فتوى القصار قوله : (خفف في الرد في الدرهم لضرورة التعامل، وكل سكة إذن أمام الوقت في التعامل بها جاز الرد فيها لضرورة التعامل وصارت سكة واحدة كما لو عمل سككا مختلفة، واحترز باتحاد السكة من سكة لم يأذن الإمام في التعامل بها، فلا ضرورة في التعامل حينئذ فلا تخفيف، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وكبار الدرهم وصغره لغو) (27) ثم قال : (فالرد في الريال لحاجة الناس إلى ذلك وهو مسكوك قطعاً وأذن الإمام - نصره الله - في أربع سكك قبله وفي الريال مع سكوته توسيعاً على الناس يصير الستة واحدة كأنواع سكة واحدة) (28) وقال مخالفوا القصار من الفقهاء المعاصرين له بأنه إذا كان يشترط في الدرهم الذي يسمح بالرد فيه، أن يكون على الوزن الشرعي أو وزن درهم الكيل الذي تقدر به الزكاة وغيرها، فالواجب أيضاً أن يتوفر ذلك في الريال، ولكن

(25) أبو عبد الله محمد بن قاسم القيسي الشهير بالقصار شيخ الفتيا بفاس، أخذ عن اليسيتي وعبد الوهاب الزقاق، ورضوان الجنوي وغيرهم. وعنه جماعة منهم أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الدلائي والشهاب المقرئ، له مؤلفات وفهرسة جمعت روايته في الفقه والحديث، ولد سنة 936هـ وتوفي سنة 1012 (شجرة النور الزكية في طبقات المالكية) للشيخ محمد مخلوف ص 295.

(26) الحركة الفكرية بالمغرب في عهد السعديين د. محمد حجي 1/315.

(27) شرح السجلماسي للعمل الفاسي 1/336.

(28) عن الحركة الفكرية بالمغرب في عهد السعديين. د. محمد حجي 1/315.

الريال لا يتوفر على ذلك، فطالبهم القصار أن يدلوا بنص على اشتراط الوزن الشرعي في الدرهم، (29) فلم يجدوه.

ومما اعترض به مخالفوا القصار أنه يشترط في درهم الرد ودرهم المبادلة أن يكون مسكوكا، والريال غير مسكوك.

فأجاب القصار : (...) إن كان معنى السكة كما فهمتم كون الدرهم مضروبا عن أمر السلطان، لزمكم أن لا يجوز ذلك في درهم من مات من الملوك، وأنتم لا تقولون بذلك، وإن كان معنى سكة السلطان ما أذن في المعاملة به دخل الريال لامحالة، لأن السلطان أذن في المعاملة به، ولم يجزه مجرى السلع، ولو أجراه مجراها لقلنا أنه لا يكون كالدرهم الجاري. ثم نقول : لا نزاع في أن النبي ﷺ والخلفاء بعده لم يضربوا سكة، وإنما كان التعامل إذ ذاك بدراهم العجم، فهل نقول كانت لهم سكة أم لا ؟ وهل كان الرد في الدرهم عندهم - جائزا أم لا ؟ (30)

140 - وهكذا فقد تتبع القصار وسبر الأوصاف المشتركة بين الدرهم والريال فاستخرج علة جامعة بين المسألة الأصلية التي أفتى بها مالك وهي الرد في الدرهم، وبين المسألة الجديدة التي شاعت في عصره وهي مسألة الرد في الريال، فالحق المسألة الجديدة بنظيرتها القديمة، وقام بنفي الفوارق التي كان يطرحها بعض فقهاء عصره.

فالقصار لم يقل برأيه المحض بل طبق شروط العمل التي منها وجوب اندراج مسائل العمل تحت الأصل الشرعي، وكان الاندراج هنا بواسطة علل وأوصاف ربطت مسألة العمل بالمسألة الأصلية التي تعتبر هي نفسها دليلا شرعيا، بالإضافة إلى دواعي الضرورة والحاجة إلى التعامل بالريال.

(29) إن الدراهم والدنانير التي كانت متعارفة في المغرب والأندلس كانت أقل من الشرعية - شرح خطبة المختصر للهلال : م 21 / ص 4.

(30) عن شرح السجل ماسي للعمل الفاسي 136/1 وما بعدها.

الفرع الثاني : مسألة قسمة المنتوج الزراعي على رؤوس من نتج عن خدمتهم.

141 - وقد ثار الخلاف بين فقهاء المغرب حول هذه المسألة، ومجمل القضية : أن هناك رأس مال، أرض وبذر وبقر أو أشجار زيتون أو تين. وقد يكون رأس المال لواحد وقد يكون مشتركاً، فقام عمال بخدمة تلك الأرض من فلاحة وحصاد ودرس، وباقتطاف الزيتون وجمعه وعصره، وغالب حال هؤلاء العمال أنهم يكونون من أقارب صاحب رأس المال كأبنائه وزوجاته، وقد يكون العمال هم أصحاب رأس المال، خدموه مشتركين. ولم يكن هناك عقد ثابت ينظم العلاقة بين الأطراف.

فالمطلوب بيان حكم المسألة، أي تحت أي أصل شرعي تندرج. هل تلك المنتوجات الزراعية تقسم على جميع المشتغلين بمن فيهم الزوجة والأولاد أو لا تقسم إلا على أصحاب رأس المال، وفي هذه الحالة هل للزوجات والأولاد أجر عن خدمتهم أم لا ؟

ثم إن الذي يتوفى هل تركته من الزرع تقسم قسمة ميراث، أم تقسم على رؤوس كل من له خدمة في الدار، الذكور والإناث سواء ؟

142 - وقد اختلفت نظريات الفقهاء في تكييف هذه الوقائع، وفي الأصل الشرعي الذي تندرج تحته، ونتج عن ذلك مسائل عمل جديدة. ونلخص فتاوي الفقهاء حول هذه المسألة :

أفتى جماعة من الفقهاء منهم : محمد بن عرضون، وأبو القاسم بن خجو، والقوري، وأحمد النالي : أن من تخدم من نساء البوادي خدمة الرجال كالحصاد والدراس وغير ذلك، فإن الزرع يقسم على رؤوس من نتج عن خدمتهم وكذلك التركة من الزرع خاصة تقسم على رؤوس كل من له خدمة في الدار، ولا تقسم قسمة ميراث، ومن له الأرض والبقر والآلة

يأخذ نصيباً يقابل ذلك. (31) وبهذا التكيف جرى العمل في قبائل جباله وغماره في الزرع والزيتون والعنب.

تأصيل هذا العمل :

143 - يرى الشريف العلمي (32) بالنسبة للزرع فقط دون ثمار الأشجار أن ذلك العمل الجاري في قبائل جباله وغماره يمكن أن يبنى على المشهور من الأقوال : (إذا فسدت المزارعة فإن الزرع للعامل) فتكون فتوى أولئك الفقهاء بقسم الزرع على من يباشر خدمته هي نفس القول : (بأن الزرع للعامل، وعليه الكراء للأرض والبقر).

وقد بنى ابن عرضون الكبير (33) هذا العمل على أساس الاختيار والاستحسان المستند للعرف، فقد ورد عنه أنه قال : (وقد استشكل شيخنا سيدي أحمد البعل هذه الفتوى لجريها على غير أصول المذهب اقتداء بفتوى شيخه سيدي يحيى السراج، (34) ولكن لا يقدح الإشكال في هذه النازلة اقتداء بمن مضى، فقد وقع للإمام ابن عتاب وابن رشد وابن سهل وابن زرب وابن العربي والرخمي ونظائرهم اختيارات وتصحيحات لبعض الروايات والأقوال عدلوا فيها عن المشهور وجرى باختيارهم عمل الحكام والفتيا، لما

(31) نوازل العلمي 1/246 وما بعدها.

(32) نوازل العلمي 1/246 والعلمي هو علي بن أبي مهدي عيسى العلمي الشفشاوني له النوازل المشهورة المهمة، توفي عام 1021 - محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي لمحمد بن تاويت ص 112.

(33) ابن عرضون هو محمد بن الحسن شارح رسالة ابن أبي زيد وعقيدة السنوسي قاضي شفشاون توفي سنة 1012 بفاس. وأخوه أحمد هو صاحب النوازل الفقهية وكتاب اللائق لمعلم الوثائق، ولي قضاء شفشاون كأخيه محمد، توفي أحمد بن عرضون عام 992هـ. راجع كتاب اللائق لمعلم الوثائق 2/208.

(34) يحيى بن محمد السراج مفتي فاس كان يدرس في مدارس ومساجد فاس القرويين والأندلس والعطاريين والحلفاويين، طال عمره وكثر تلاميذه، كان كثير الصياح على من تكلم في مجلسه بكلام غير فصيح أو بكلام ملحون، توفي سنة 1007 راجع الحركة الفكرية بالمغرب في عهد السعديين د. حجي 2/362.

اقتضته المصلحة وجرى به العرف، والأحكام تجري مع العرف والعادة قاله
القراقي في القواعد وابن رشد في رحلته. (35)

144- وقد اعترض على هذا العمل بعض فقهاء فاس، فأفتى يحيى
السراج بأن الزوجات والأبناء لا شيء لهم، وتبعه في هذه الفتوى عبد القادر
الفاسي، (36) وأضاف عبد القادر الفاسي انتقادا لفتوى ابن عرضون بأنها :

1 - تحريف للشريعة وخرق لأصولها.

2 - وفرائض الله قد قسمها بنفسه، فلم يبق فيها نظر ولا اختيار.

3 - وعقود الشريعة التي يترتب عليها آثارها من حلية الانتفاع وصحة
الملك، بيع وإجارة وشركة أموال وأبدان، مزارعة، مساقاة، مغارسة، قراض،
كل ذلك له شروط معلومة متى اختل شرط حكم بفسادها وفسخها
والرجوع إلى أجره المثل.

4 - ولا عبرة بجري العادة والعرف مع فساد العقد.

5 - إن فتوى ابن عرضون ومن وافقه لا يعرف لها أصل ولا مستند إلا
مجرد موافقة مألوف الناس ومجرى عوائدهم.

6 - إن ما احتج به ابن عرضون من كون العمل بالعرف اعتمده القراقي
وابن رشد، منصوب في غير محله، إذ ذلك إنما هو في مقصودهم ونياتهم
وجري ألفاظهم في أيمانهم وأحباسهم.

7 - ولا يجوز أن يقال إن هذا الحكم جرى به العمل، لأن العمل الذي
هو حجة هو ما كان صادرا عن مقتدى به كعلماء قرطبة وأمثالهم. (37)

(35) نوازل العلمي 247/1.

(36 - 37) نوازل العلمي 246/1 - 247/1 وما بعدها.

تعقيب على انتقاد الشيخ عبد القادر الفاسي: (38)

145 - إن ما أورده الشيخ عبد القادر الفاسي على الشيخ ابن عرضون

من انتقادات لا يظهر لها وجه معقول، ونبين ضعف انتقاده فيما يلي :

1 - لعل الشيخ عبد القادر الفاسي رحمه الله فهم أن الزرع المتخلف عن الهالك يقسم بأجمعه على كل من كان يباشر خدمته من غير أن يترك للهالك شيء منه، وليس كذلك، بل معناه حسب ما تقدم أن الذين يخدمون الزرع يأخذون جزءا منه على قدر خدمتهم، وما بقي يكون موروثا عن الهالك لورثته، نظير إخراج الزكاة منه أولا، إذا مات بعد طيبه، ثم يقسم ما بقي بعد إخراجها على ورثته، وبهذا لا يكون مخالفا للقسمة التي فرضها الله ورسوله لأن هؤلاء الذين نتج الزرع عن خدمتهم تعلق حقهم الذي هو الأجرة بعينه، فيقدمون أولا كالمساقى، ثم ما فضل عنهم يدفع لورثته يقسمونه على فرائض الله، نظير الحقوق المتعلقة بعين التركة التي يبدأ بها أولا، ثم يقسم على الورثة ما بقي ثانيا.

والقضية المطروحة فيها أوصاف الإجارة وأوصاف الشركة، كقضية الخماس بعضهم قال إنه شريك وبعضهم قال إنه أجير، فكما ثبتت الشركة في الزرع للخماس بمجرد خدمته كذلك ثبتت لغيره ممن له مباشرة الزرع بجزء على قدر عمله.

وبهذا التحليل يبطل قول الشيخ عبد القادر الفاسي بأن ماذهب إليه الشيخ ابن عرضون تحريف للشريعة وخرق لأصولها، وربما صدر هذا الانتقاد من الشيخ عبد القادر الفاسي وهو في حالة عاطفية، لأن معاذ الله أن يتفق علماء أمثال ابن عرضون ومن معه على التحريف، لأنهم استندوا في

(38) عبد القادر الفاسي : هو أبو محمد عبد القادر بن علي الفهري الفاسي شهرة ودارا، له فقهية وعقيدة شهيرة، وتأليف مختصر في الأصول، وأجوبة كبرى وصغرى وحواشي على الصحيح، توفي بفاس سنة 1091 - راجع الفكر السامي للحجوي 4/114..

فتواهم إلى قواعد الشريعة، ولأنهم علماء تخرجوا على نفس الأساتذة والكتب التي يتخرج بها كبار علماء المغرب.

2 - إن ما ذكره الشيخ عبد القادر الفاسي من أنه لا عبرة بجري العادة والعرف مع فساد العقد غير واضح، لأنه ليس هناك صريح عقد، وإنما هناك شرك حكمية بمقتضى العادة، كما قالوا فيمن كان مع أبيه أو أخيه أو عمه على حالة واحدة ومائدة متحدة، إن ذلك يوجب لهم شركة المفاوضة. (39)

3 - إن موقف الشيخ عبد القادر الفاسي من العرف وتحديد نطاقه وقصره على فهم المقاصد والنيات، موقف مضطرب لأنه من جهة اعتمد هو والشيخ يحيى السراج على العرف في عدم إعطاء أي شيء للزوجات والأولاد من منتوج خدمتهم، وهذا استعمال للعرف في أوسع نطاقه، فقد عللت فتواهما بأن العرف في البادية هو أن المرأة والأولاد لا يتشاحون مع رب الأسرة في خدمة الزرع ولا يطالبونه بشيء في ذلك حتى صار ذلك عندهم كالخدمة اللازمة مثل استقاء الماء وجلب الحطب وغير ذلك، فإذا طلبت الزوجة والأولاد والحالة هذه بأجرة خدمتهم لم يقض لهم بها. (40)

(39) الشركة لفظية وحكمية، فشركة المفاوضة حكمية تقوم بمجرد الاتحاد في المائدة والكانون، ولا يشترط في أصحابها أهلية التعاقد، ولا التصريح بالتعاقد عند قيامها - المعيار الجديد للوزاني 305/6 وما بعدها. مجلة القضاء والقانون المغربية العدد 48 - 49 ص 390. والجدير بالذكر أن قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 959 نص : أن الاشتراك نوعان :

أولاً - الشيعاء أو شبه شركة.

ثانياً - الشركة بمعناها الحقيقي أو الشركة العقدية. وكذلك نصت المادة 823 من قانون الموجبات والعقود اللبناني : أن الشركات نوعان :

أولاً - شركة الملك أو أشباه الشركات.

ثانياً - شركات العقد، أو الشركات بمعناها الصحيح.

(40) شرح العمل الفاسي للسجلسماسي 1/249. والجدير بالذكر أن قانون مدونة الأحوال الشخصية لا يلزم الزوجة بالخدمة مجاناً في الأعمال الفلاحية وإنما المطلوب منها إرضاع أولادها عند الاستطاعة، والإشراف على البيت وتنظيم شؤونه - فصل 36.

ومن جهة ثانية فإن تأثير العرف في الأحكام الشرعية أوسع مما ذكره الشيخ عبد القادر الفاسي. وسنبين ذلك إن شاء الله في الفصل الأول من الباب الرابع من هذا القسم.

4 - إن ما منحه الشيخ عبد القادر الفاسي من حق إجراء العمل لعلماء قرطبة ومنع هذا الحق على أمثال الشيخ القوري شيخ الإمام ابن غازي، وابن عرضون وابن خجو وأحمد البعل وأضرابهم، يعتبر تمييزاً لا يستند إلى سبب لأن هؤلاء الفقهاء كلهم أهل للترجيح وأجراء العمل كفقهاء قرطبة، فلا وجه لتخصيص الاقتداء بأهل قرطبة وأمثالهم، إذ لا دليل شرعي على هذا التخصيص، فالحق أن ما جرى به العمل من قسمة المنتوج الفلاحي على رؤوس من نتج عن خدمتهم، يندرج تحت أدلة شرعية ومستوف لشروط العمل ولا ينكر عليهم، نعم يقصر على الإقليم الذي جرى به، للقاعدة القائلة : (إن العمل الثابت بموضع لا يلزم جريانه في غيره). (41)

(41) وتجدر الإشارة أنه ظهر في وقتنا بعض رجال الاقتصاد والقانون ونقابات العمال ينادون بقسمة أرباح المعامل والمؤسسات التجارية على رؤوس العمال الذين نتج الربح عن خدمتهم، بعد إخراج جزء مقابل لرأس المال، وإن كان هذا لم يخرج على طريقة فقه العمل.

الباب الثالث

**ارتباط العمل بالظروف الزمانية
والمكانية والعوامل الاجتماعية والحضارية**

الباب الثالث

ارتباط العمل بالظروف الزمانية والمكانية والعوامل الاجتماعية والحضارية

تقتضي منا دراسة هذا الباب تقسيمه إلى الفصول التالية :

- الفصل الأول : طبيعة أكثر أحكام العمل، التغيير والتبديل بتغير الظروف.
- الفصل الثاني : الأدلة على تغير الأحكام بتغير الظروف والأحوال.
- الفصل الثالث : ظاهرة تغير الأحكام في علم الاجتماع والنظم القانونية.
- الفصل الرابع : عوامل تغير الأوضاع الزمانية التي ينبني عليها تغير الأحكام الفقهية.

- الفصل الخامس : أنواع الأحكام المتغيرة.
- الفصل السادس : تخوفات واستشكالات حول تعميم نظرية تغير الأحكام في الزمان والمكان والأحوال والأشخاص.

الفصل الأول

طبيعة أكثر أحكام العمل، التغيير والتبديل بتغير الظروف

146 - إن مصدري الفقه الإسلامي، الكتاب والسنة اتبعا منهاجا مرنا ومتطورا في عرضهما للأحكام التشريعية، فهناك قضايا وجزئيات فصلا أحكامها، ونلاحظ هذا في المسائل التي تقتضي بطبيعتها الدوام والثبات (1) في جميع الأحوال والظروف وهي المسائل التعبدية، أما القضايا والمسائل المعقولة المعنى، والتي المقصود من تشريعها هداية الناس وإرشادهم إلى أفضل الطرق لتنظيم علاقاتهم في التبادل المالي والاقتصادي وسياسة مجتمعهم في شؤون القضاء والحكم، فإن هذه القضايا لم تفصل في المصدرين الأصليين، وإنما روعي المنهج التالي :

(1) لقد ذكر ابن قيم الجوزية في إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان 346/1 (أن الأحكام نوعان : نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك، هذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضع عليه) وذلك أن هذه الأحكام تعتبر أساسية جاءت الشريعة لتوطيدها.

(والنوع الثاني : ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالا، كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة).

وكذلك تتغير وسائل تحقيق الأصول الأساسية وأساليب تطبيقها. فالذي يتغير ويتطور حسب الظروف والاعتبارات الزمانية والمكانية هو الأحكام الجزئية أو الفرعية، لأن هذه الأحكام غير مقصودة لذاتها، وإنما يقصد منها الوصول إلى تحقيق الأحكام الشرعية، فليست العدالة مستقلة عن الأحكام الشرعية وليست مصدرا خارجيا عن التشريع الإسلامي، بل هي المرجع الخالد للتشريع والقضاء في تقدير الفقهاء المسلمين - نظرية الضرورة وهبة الزحيلي ص 45.

1 - ذكر القواعد العامة المرنة، كرضائية العقود، ومنع أكل أموال الناس بالباطل، ووجوب الحكم بالعدل، وتشاور الحاكم والمحكومين في أمورهم.
2 - ذكر أمهات الجزئيات كنماذج للقياس عليها ما يشبهها، وإلحاق الفروع بأصولها.

3 - تكليف أهل الذكر والمجتهدين ببيان التفصيلات والتفريعات وبقياس الأشباه على نظائرها ووضعت لهم الشريعة أمارات وعلامات ليهتدوا بها ومن أهم تلك الأمارات والعلامات التي يجب على المجتهد والفقيه أن يهتدي بها في عمله التشريعي هي :

1 - دفع المضار وسد ذرائع الفساد.

2 - رعاية المصالح حسب المفهوم الشرعي.

3 - رعاية الأعراف والعوائد المقبولة لدى الطباع السليمة، والتي لا تتعارض مع أصل شرعي.

4 - عدم تكليف الناس بما لا يطيقون، وبما فيه حرج ومشقة بحيث يراعى في التشريع الضرورة والحاجة، فالضرورات تبيح المحظورات.

ومما لا شك فيه أن الأحكام التفصيلية التي تبني على تلك الأمارات والعلامات لا تبقى ثابتة في جميع الأحوال والظروف، وذلك أن الشريعة الإسلامية تقصد إلى مصلحة العباد، والمصالح ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمانية، وبالأخلاق العامة، فكم من حكم كان تدبيرا وعلاجاً ناجعاً لبيئة في زمن معين، وأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح يفضي إلى عكسه، بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق. ولأجل هذا أفتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤها الأولون، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عن سبقهم هو اختلاف الزمان وفساد الأخلاق، فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم، بل لو وجد الأئمة

الأولون في عصر المتأخرين ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق لعدلوا إلى ما قال به المتأخرون.(2)

147 - والواقع أن مثل هذا لا يعد تغييرا ولا تبديلا، إذا ما روعي في كل حادثة ظروفها وملابساتها، وما لتلك الظروف والملابسات من صلة بالحكم الذي جعل لها، إذ الواقع أن الفقيه أو المجتهد، إذا ما عرضت عليه مسألة من المسائل راعى ظروفها وملابساتها، والوسط الذي حدثت فيه، ثم استنبط لها الحكم المتفق مع كل هذا، فإذا تغير الوسط وتبدلت الظروف التي حدثت فيها الواقعة تغيرت بذلك المسألة، وتبدل وجهها، وكانت مسألة أخرى اقتضت حكما آخر لها، وهذا لا ينفي أن المسألة السابقة بظروفها ما زالت على حكمها. وأنها لو تجددت بظروفها ووسطها لم يتبدل حكمها.(3)

148 - والجدير بالذكر أن تطوير الأحكام يجب أن يكون مبنيا على قواعد شرعية، ومراعى في ذلك مقاصد الشريعة وعليه فليس المراد من تطوير الأحكام هو الخروج بها عن النطاق الشرعي.

ويلاحظ على بعض الناس أنهم يريدون أن يضعوا الشريعة الإسلامية في موضع خدمة العصر، أو تبرير أوضاع ونظم، وما كان الإسلام يوما أداة تبرير، وإنما كان نظاما حاكما متكاملا.

يقول الأستاذ زكريا البري: (4) (ليس معنى تغير الأحكام بتغير الزمان إنها تتغير بناء على شهوات الناس ونزواتهم وأغراضهم الفاسدة وما جرت عليه أعرافهم المفسدة، التي لاتدعو إليها مصلحة ولا ضرورة ولا حاجة مما جاءت الشرائع لإصلاحها وتصحيحها، كذلك العري الفاضح الذي تجري عليه أزياء المرأة في بعض البلاد حين تخرج إلى المجتمع أنثى فاتنة لنفسها

(2) المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقاء 2/919 عن رسائل ابن عابدين رسالة نشر العرف 125/2.

(3) أسباب اختلاف الفقهاء - علي الخفيف ص 257.

(4) مقال الأحكام الإسلامية بين الدوام والتغيير - نشر بمجلة العربي الكويتية العدد 138 ص 26.

وغيرها، لا إنسانية عاملة نافعة لنفسها ومجتمعها، فإن هذا التصرف عرف فاسد مصادم للنصوص الشرعية ولمقاصدها الاجتماعية، عرف يهدم المجتمع الفاضل الذي تريد الشريعة بناؤه.

وحين تتغير الأحكام بناء على هذه الأعراف الفاسدة، فإنها تتغير باتخاذ أحكام جديدة تزيل أسبابها، وتمنع الناس خطرها وشرورها، بعد أن فشلت الجهود الفردية في تصحيحها، ويحدث للناس من الأقضية بمثل ما يحدثون من الفجور).

149 - ومن هذا الباب دخلت أحكام العمل حسب المصطلح المغربي فقد اشترط الفقهاء في الحكم الذي يجري به العمل، أن يعرف مكانه وزمانه، وعللوا ذلك أن العمل قد يكون خاصا ببعض الأمكنة دون بعض، وقد يكون عاما في جميع الأمكنة، وكذلك قد يكون خاصا ببعض الأزمنة دون بعض، وقد يكون عاما في جميع الأزمنة (5) وقالوا إذا جرى العمل بمحل فإنه يقتصر عليه (6) إلا إذا كانت هناك أسباب تدل على عمومه.

ومما عللوا به أيضا أن العمل مرتبط بالموجبات، ومن موجبات العمل تبدل العرف، وعروض جلب المصلحة ودرء المفسدة أو حصول الضرورة فيرتبط العمل بالموجب وجودا وعدما، ولأجل ذلك يختلف باختلاف البلدان ويتبدل في البلد الواحد بتجدد الأزمان. (7)

(5) منار السالك إلى مذهب مالك - السباعي الرجراجي ص 48.

(6) حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق ص 124.

(7) شرح العمل المطلق للسجلماسي ص 5 - 6.

الفصل الثاني الأدلة على تغير الأحكام بتغير الظروف والأحوال

نستدل على تغير الأحكام بتغير الظروف والأحوال، بأدلة من السنة النبوية، وبآثار الصحابة وبأقوال الفقهاء والأئمة.

أولا - الأدلة من السنة النبوية :

150 - أخرج الشيخان عن عائشة قالت : (قال رسول الله ﷺ) : ولولا أن قومك حديثو عهد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد إبراهيم) وأخرج الترمذي عن زيد بن خالد أن رسول الله ﷺ قال : «لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل ولأمرتهم بالسواك عند كل صلاة» وجه الدلالة أن كلمة لولا في الحديثين أفادت أن إقامة الكعبة على قواعد إبراهيم، والأمر بتأخير العشاء والسواك عند كل صلاة، أحكام صالحة، وإنما منع من الأول وبدله، قرب قريش من عهد الكفر، وتمكن عادات الجاهلية من نفوسهم، بحيث لو تغير بناء الكعبة لحدث من المفسد ما يزيد على مصلحة التغيير، وهو الارتداد إلى الشرك، ومنه من تأخير العشاء إلى ثلث الليل، والأمر بالسواك عند كل صلاة طبيعة الناس التي يشق عليهم معها هذا التكليف فدل هذا على أن الأحكام تتبدل وفق المصالح. (8)

(8) العرف والعادة في رأي الفقهاء - لأحمد فهمي أبو سنة ص 84.

ثانيا : الأدلة من آثار الصحابة :

151 - ومن آثار الصحابة على تغير الأحكام ما يضيق المجال على جلبه هنا، ونشير إلى أن عمر بن الخطاب كان السابق المجلى في تغيير الأحكام والفتاوي، ونكتفي هنا بإيراد بعض السوابق :

1 - أخرج مالك والشيخان واللفظ لمالك عن عائشة رضي الله عنها قالت: (لو أدرك النبي ﷺ ما أحدث النساء، لمنعهن المساجد كما منع نساء بني إسرائيل) فقد كان الصلاح غالباً في عهده ﷺ حيث كانت النساء يخرجن مستورات بثيابهن، فكانت المصلحة في خروجهن إلى المساجد لينلن ثواب الجماعة ويتفهمن في دين الله ولذلك قال الرسول ﷺ : «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله» أما وقد تغير الحال بعده فصار النساء يخرجن متبرجات بالزينة مما لا يؤمن معه أن يتعرض لهن السفهاء، رأت عائشة أن المصلحة ليست في خروجهن بل في ذلك البلاء والفتنة، وإنما المصلحة أن يستنبط لهن حكم آخر تدرأ به هذه المفسدة ويناسب الحالة الطارئة وهو المنع من الخروج.

قال الزرقاني(9) تعليقا على هذا الأثر : (واستنبط من قول عائشة أيضا أنه يحدث للناس فتاوي بقدر ما أحدثوا كما قال مالك، وليس هذا من التمسك بالمصالح المباشرة للشرع كما توهمه بعضهم، وإنما مراده كمراد عائشة، أن يحدثوا أمرا تقضي أصول الشريعة فيه غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر، ولا غرو في تبعية الأحكام للأحوال).

2 - حكم التقاط الإبل الضالة كان المنع، لقول الرسول ﷺ حينما جاءه رجل يسأل عن ذلك : «مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها(10) ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»(11) وما دامت الإبل مصونة لا يخشى عليها

(9) شرح موطأ مالك 7/2 طبعة عبد الحميد أحمد حنفي بمصر بدون تاريخ.

(10) المراد بذلك صبرها على العطش وقدرتها على المشي.

(11) الموطأ بهامش منتقى الباجي 6/134 مطبعة السعادة بمصر.

من جوع ولا عطش ولا ضياع ولا يخشى منها ضرر فلا داعي لإمساكها.

وقد استمر تطبيق هذا الحكم المنصوص عليه، مدة الخلفتين أبي بكر وعمر (رضي الله عنهما) ثم جاء الخليفة عثمان (رضي الله عنه) فأمر بالتقاطها بعد أن خيف عليها، وأمر بحصر أوصافها وبيعها حتى إذا جاء صاحبها أعطي ثمنها.

وقد علل الباجي (12) منع التقاط الإبل الضالة، الوارد في الحديث لظروف زمنية، وذلك أن الناس في زمن النبي ﷺ والخلفتين بعده كانوا يمسون عن أخذ الإبل الضالة، وهذا المعنى واضح في الموطأ إذ روى مالك: (أنه سمع ابن شهاب يقول كانت ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلا مؤبلة تنائج لا يمسكها أحد حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها. (13)

هذه بعض الأدلة من آثار الصحابة رضي الله عنهم في فهم النصوص فكانوا يبحثون عن العلل والشروط التي ربط النص بها فكانوا يطبقون النص إذا توفرت شروطه وعلله، لكنهم يلاحظون أنه إذا حدث تغيير في علة النص أو شروطه كانوا يغيرون الحكم والفتوى تبعاً لذلك.

ثالثاً : الاستدلال بأقوال الأئمة والفقهاء :

152 - وقد تابع الأئمة والفقهاء هذا المنهج، فقد عبر المالكية عن تغيير الأحكام بتغير العلل والإمارات، بقولهم : (هذا خلاف في حال لاخلاف في مقال) (14) وعبر الحنفية عن ذلك بقولهم : (هذا اختلاف عصر وزمان

(12) المنقى شرح الموطأ 6/143.

(13) الموطأ بهامش المنقى للباجي 6/143.

(14) معيار الونشريسي 8/287 و 292.

لا اختلاف حجة وبرهان(15) وبنوا على ذلك قاعدة «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان(16) وقد أعلن الفقهي الحنبلي ابن قيم الجوزية(17) (وجوب تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، وذلك أنه وقع بسبب الجهل بهذه القاعدة غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليس من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل».(18)

153 - وهذا التغير في الفتوى والأحكام ليس تغييرا في نصوص القرآن، والحديث لأن تغييرهما يعتبر خروجا عن الإسلام، وإنما التغير يقع في الوقائع، ويقع في ظن الفقيه أن تلك الوقائع ربما يناسبها وينطبق عليها النص الفلاني، وهكذا يحصل التغير في الوقائع وظنون الفقهاء وبالتالي تتغير الفتاوى والأحكام تبعا لذلك.

(15) شريعة الإسلام خلودها وصلاحتها للتطبيق في كل زمان ومكان ص 131، د. يوسف القرضاوي - طبعة المكتب الإسلامي - 1973.

- مقال لزكريا البري - مجلة العربي عدد 138 ص 24.

- أسباب اختلاف الفقهاء - علي الخفيف ص 257.

(16) المادة 39 من المجلة العدلية العثمانية.

(17) ابن قيم الجوزية : هو أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي الشهير بابن قيم الجوزية، من المجدين في الفقه كان على مبدأ شيخه ابن تيمية فحبس معه أيضا لإنكاره شد الرحيل للقبر النبوي ﷺ توفي سنة 752 ومن مؤلفاته أعلام الموقعين والطرق الحكمية وزاد المعاد والتفسير القيم - راجع الفكر السامي للحجوي 4/ 190 - ومحاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي لأستاذنا العراقي ص 119.

(18) أعلام الموقعين 3/ 14 مطبعة السعادة بمصر 1955.

ويجدر التنبيه أن تغير الأحكام وتبدلها تبعاً لتغير الظروف والأحوال والموجبات لا يعتبر نسخاً، لأن الحكم المبني على موجب من الموجبات يستنبط طبقاً لحادثة معينة ذات أحوال خاصة، فإذا طرأ على هذه الحادثة موجب آخر تغيرت طبيعتها وظهرت أحوال جديدة، لهذه الحادثة نفسها احتاجت إلى استنباط حكم آخر.

وهكذا فالأحكام باقية بالنسبة لحوادثها، لا نسخ فيها ولا تبديل، وإنما التغيير والتبديل إذا تغيرت الأحوال وجاء موجب آخر.

ومعنى تغيير الأحكام حينئذ، رفع تطبيق الحكم السابق لعدم مناسبته، لا رفع الحكم الأصلي المشروع.

والحاصل أن للواقعة الواحدة ذات الأحوال المختلفة حكمين أو أحكاماً ثابتة، لكل حكم تطبيق في ظرفه الذي يختص به، بخلاف النسخ فإن حكم الحادثة فيه يرفع بحيث لا يبقى له وجود أصلاً. (19)

154 - وتجب الإشارة أن تغير الأحكام بناء على الأسباب والموجبات لا يعني التكرار لتراثنا الفقهي العظيم، الذي اشتمل على الأصول والنظريات والأحكام مع حسن التأصيل والتحليل والتعليل، ما يجعله ثروة كبرى، وإنما يعني ذلك التغيير استثمار الفقه وتنميته وتكاملته باجتهادات جديدة، بما جد في حياتنا من عادات ومعاملات وتطورات في الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

(19) العرف والعادة في رأي الفقهاء - أحمد فهمي أبو سنة ص 89 - 90.

الفصل الثالث

ظاهرة تغير الأحكام في علم الاجتماع والنظم القانونية المعاصرة

155 - من الأمور المسلم بها أن الحياة تنافي الجمود، فالتطور علامة الحياة والحيوية وسنة من سنن الكون ومظهر من مظاهر المجتمع، وهذه قاعدة اجتماعية أقرها علم الاجتماع، وأثبتها ابن خلدون في مقدمته حيث قال: (إن أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لاتدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر، إنما هو اختلاف على الأيام والأزمنة وإنقال من حال إلى حال، وكما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار فكذلك يقع في الآفاق والأقطار والأزمنة والدول سنة الله التي قد خلت في عبادته). (20)

واستنباط الأحكام يتبع العوامل المؤثرة في الحياة الاجتماعية فلا بد من مراعاة طبيعة البلد من حيث الجو الحار والبارد أو المعتدل ومن طبيعة الأرض من حيث موقعها الجغرافي ووجودها على شاطئ البحر أو في تخوم الصحراء أو في الجبال الشاهقة أو السهول، ولابد من مراعاة جنس أهل البلد في حياتهم الفكرية وكثرتهم وقلتهم ومهنتهم وميولهم وعواطفهم ومستوى عيشهم في الغنى والفقر والتقدم الحضاري والتخلف، ويعبر عن هذه المقومات الجغرافية والاجتماعية والاقتصادية والتاريخية بالموجبات البشرية، وبمراعاة هذه الموجبات يستنبط الفقيه الأحكام. (21)

(20) المقدمة ص 28 طبعة دار البيان.

(21) كفاح من أجل العدل - سلسلة محاضرات في القضاء والقانون ص 75 للأستاذ حماد العراقي - مكتبة المعارف بالرباط.

وقد أقر فكرة تغير الأحكام عالم الاجتماع القانوني (منتسكيو) في رده على أصحاب المدرسة الطبيعية التي تقول بثبات الأحكام وعدم تغيرها بتغير المجتمعات، قال (منتسكيو) : إن القانون ليس بالضرورة واحدا في جميع بقاع العالم، بل إنه يتوقف على عدد من الظروف التي لا تكون على نسق واحد في كل مكان. (22)

فالقوانين صلة عظيمة جدا بالوجه الذي تنال به الأمة عيشها، ولابد من مجموعة قوانين أكثر اتساعا لشعب يشتغل بالتجارة والملاحة البحرية، مما لشعب لا يشتغل بذلك، وإنما يكفي بزراعة الأرض. وكذلك قوانين رعاة الماشية الرحل عبر الصحاري يجب أن تختلف عن القوانين السابقة.

فالقواعد القانونية والأحكام تستنبط من أصول قائمة في المجتمع، وهذه الأصول تتكون من مواد طبيعية ودينية وتاريخية واقتصادية وخلقية وعقلية، فالفقيه لما يستفتي عن أوضاع اجتماعية وكذا المشرع لما يريد تنظيم علاقات اجتماعية، فلا بد أن ينظر إلى ما توحى به تلك المواد منصهرة بعضها في بعض ومتأثرا بعضها ببعض (23) وبذلك المراعاة تستنبط الأحكام المناسبة للمجتمعات، المحققة للمصالح والمقيمة للعدل. وإن ما قرره علماء الاجتماع من ربط الأحكام بالأوضاع الاجتماعية أمر مسلم به من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية، وما نظرية العمل إلا طريقة من طرق الربط بين الأحكام الكلية في الشريعة وبين الأوضاع الاجتماعية المتنوعة والمتجددة.

(22) علم الاجتماع القانوني - د. حسن الساعاتي ص 120 الطبعة الثالثة 1968.

(23) كفاح من أجل العدل - سلسلة محاضرات في القضاء والقانون ص 76 للأستاذ حماد العراقي.

الفصل الرابع

عوامل تغير الأوضاع الزمنية

التي يبنى عليها تغير الأحكام الفقهية

156 - يرجع تغير الأوضاع الزمنية إلى عاملين :

1 - فساد في الأخلاق، كفقدان الورع وضعف الوازع مما يسميه الفقهاء بفساد الزمان.

ب - حدوث أوضاع تنظيمية ووسائل زمنية جديدة من أوامر قانونية مصلحية وترتيبات إدارية، وأساليب اقتصادية، ونحو ذلك. فهذان العاملان المغيران للأوضاع الزمنية موجبان لتغير الأحكام الفقهية الاجتهادية، إذا أصبحت تلك الأحكام، لا تحقق مقصود الشرع من دفع المضار وجلب المصالح، بحيث أصبحت عبثاً أو ضرراً، والشرعية منزهة عن ذلك وقد صرح الشاطبي (24) أنه : (لاعبت في الشريعة).

وبالنظر إلى هذين العاملين يبدو أن قضية تغير الأحكام بتغير الزمان ليست قضية مرتبطة بالعرف وحده، بل هي تدخل في مجال المصالح المرسلة أكثر من دخولها في مجال العرف وذلك أن قعود الهمم وفساد الذمم وقلة الورع، وكثرة الطمع، والمستحدثات الجديدة ليست أعرافاً يتعارفها الناس، ويبنون عليها أعمالهم ومعاملاتهم، وإنما هي انحلال في الأخلاق، يضعف الثقة، أو هي اختلاف في وسائل التنظيم الزمني وكل ذلك يجعل الأحكام التي أساسها الاجتهاد في ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق الغاية الشرعية من تطبيقها، فيجب أن تتغير إلى الشكل الذي يتناسب مع الأوضاع القائمة، وتحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي. (25)

(24) الموافقات 1/158 المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

(25) المدخل الفقهي العام 2/935 مصطفى أحمد الزرقاء - الطبعة السابعة - دار الفكر - بيروت.

الفصل الخامس

أنواع الأحكام المتغيرة

157 - إن الأحكام المتغيرة تخرج عن دائرة النصوص القطعية في الثبوت والدلالة وتضيق دائرة التغير وتتسع تبعا لما يكون قد جاء في تلك الأحكام من نصوص، وتبعا لمدى قابلية العلاقات التي تحكمها للتطور والتغير، ويدخل في نطاق الأحكام المتغيرة أنواع متعددة من الأحكام بعضها مبني على نصوص ظنية (فرع أول).

وبعضها مبني على الاجتهاد، من قياس ومصلحة وعرف ونحو ذلك (فرع ثان)

الفرع الأول : الأحكام المبنية على النصوص الظنية.

158 - إذا كان تغير الأحكام المبنية على الاجتهاد القياسي والمصلحي، وكذا الأحكام المبنية على العرف، أمرا مقبولا، ولا يمنعه الفقهاء إذا توفرت موجباته فإن تغير الأحكام المبنية على النصوص من الكتاب والسنة أمر مختلف فيه، ولو كانت تلك النصوص ظنية، وذهب فريق من الفقهاء إلى منع تغيير الأحكام المبنية على النصوص، كيف ما كانت قطعية أو ظنية وقالوا : (لا مجال للاجتهاد في مورد النص).

وعلى الرغم من وجود هذه القاعدة، فإن من يبحث في تاريخ التشريع الإسلامي يجد استثناءات لهذه القاعدة، وذلك أنه توجد سوابق لعمر بن الخطاب، وكذلك تفسيرات لكبار الأئمة أدت إلى تغيير الأحكام المستفادة من النصوص وجاء بعض الأصوليين وأوضحوا أن التغير إنما وقع في التطبيق

للنص، لأن النص لا يطبق، إلا إذا توفرت الأسباب والشروط وانتفتت الموانع.

فإن الذي يحصل هو أخذ حكم جديد من نفس النص ومستوحى من ظروف النص تبعاً لمصلحة زمنية، وذلك بأن يكون في ظروف النص دليل على أن الحكم الثابت بالنص القائم المعمول به، إنما هو حكم مبني على مصلحة زمنية لا على مصلحة دائمة. (26)

وقد تورع بعض الفقهاء عن تسمية هذه الحالات (بتغير الأحكام) وإنما سماها (بتغير تفسير النصوص) (27) وهو تمييز جيد لأنه فيه تأدب مع النصوص المقدسة، ولأنه فيه رفع لالتباس مع تغير الأحكام القياسية والمصلحية والعرفية، ويمكن عرض حالات تغير الأحكام المستفادة من النصوص الظنية حسب ما يلي :

أولاً : ما يترتب عن ظنية الورود والدلالة :

159 - فإذا كان النص ظني الورود فإنه يكون مختلفاً فيه، بين الناقلين له وغير الناقلين، وبالتالي فإن الأحكام التي تبنى عليه يكون مختلفاً فيها، أي تكون قابلة للتغيير والتبديل، فالأحكام الفقهية المأخوذة من حديث لم تثبت صحته أو حسنه تكون غير ملزمة ويجوز تغييرها.

أما النص ظني الدلالة، وهو الذي لا يدل على معنى واحد، لا يحتمل غيره مطلقاً، بل قد يدل على عدة معانٍ بالتساوي وقد يدل على معنى معين، مع احتمال دلالة على معنى آخر غير الأول مثال ذلك قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ (28) فدلالة القروء ظنية لأنها تدل على عدة

(26) المدخل إلى علم أصول الفقه - د. محمد معروف الدواليبي صفحة 317 - الطبعة الخامسة - دار الكتاب الجديد.

(27) مقدمة إحياء علوم الشريعة للمحمصاني ص 70.

(28) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : علاء الدين الكساني (مطبعة دار الكتاب العربي بيروت 1974 - 3/193).

معان، فالأحكام تختلف وتتعدد تبعا لتعدد المعنى، والتغيير هنا ليس تغييرا في الحكم الشرعي الأصلي، وإنما هو تغيير من حيث تعدد المعاني المستفادة من النص، والذي يعتبر كل معنى حكما مغايرا للمعنى الآخر.

ثانيا : الأحكام المستنتجة بفهم خاطيء للنص :

160 - وذلك أن الأحكام الفقهية، وإن كان مأخذها نصا صحيحا، لكن قد يكون أخذ الحكم من النص حصل بفهم غير صحيح، بل بتكلف واعتساف في الفهم والتأويل أو غير ذلك من العوامل المفضية إلى الوقوع في الخطأ هذا أمر واقع في كل المذاهب الفقهية، وهو أمر لابد منه، ولا حيلة فيه لأن البشر مهما سمت مكانتهم في العلم والفهم لم تضمن لهم العصمة إلا من خصهم الله بالوحي، ورغم حصول خطأ في الفهم فإن الفقيه مثاب لقول الرسول ﷺ إنه : (إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر وإن أصاب فله أجران) لكن لا يجب الاستمرار في العمل بالخطأ، بل يجب على فقهاء كل عصر أن يتفقدوا مذاهبهم (29) لتبديل الاجتهادات الخاطئة.

ونمثل للأحكام المستنتجة بفهم خاطيء للنص، بما استنبطه الحنفية من الحديث الصحيح (الولد للفراش) فقد قالوا : إن النسب يثبت بمجرد العقد على المرأة من غير اشتراط الدخول، فمتى أتت الزوجة بولد لأدنى مدة الحمل من حين العقد، ثبت نسبه من الزوج البالغ أو المراهق، ولا ينتفى نسبه منه إلا باللعان، ويثبت هذا الحكم حتى ولو لم يكن الدخول ممكنا، بأن كان أحد الزوجين بأقصى المشرق، والآخر بأقصى المغرب ولم يلتقيا قط.

(29) الفروق للقرافي 2/ 109 (الفرق 78).

أما جمهور الفقهاء من المالكية وغيرهم فقد ذهبوا إلى أن الفراش في الزوجة إنما يثبت بالعقد وبشرط إمكان الدخول، فلو كان أحد الزوجين بأقصى المشرق والآخر بأقصى المغرب، وقطع بأنه لم يحصل اتصال بينهما وأتت بولد لسته أشهر فأكثر بعد العقد لم يثبت نسبه منه، وذلك لأن المرأة لاتسمى فراشا بمجرد العقد بل بالدخول بها بالفعل. (30) ففهم الحنفية كان فهما متعسفا وتأويلا بعيدا لايقبله العقل، وكان هذا التعسف والخطأ في الفهم من أسباب تغير الأحكام. لذا فقد نصت المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية المصري لعام 1929 على أنه : (لاتسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة، ثبت عدم اللاقي بينهما من حين العقد).

وكذلك نص الفصل 84 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على أن (الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق). (31)

(30) أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي. د. محمد يوسف موسى - ص 362 وما بعدها - طبعة دار الكتاب العربي بمصر 1958.

- شريعة الإسلام خلودها وصلاحها للتطبيق في كل زمان ومكان.

- د. يوسف القرضاوي - ص 118 وما بعدها.

(31) وقد جاء في تقرير الأستاذ علال الفاسي المقرر العام للجنة مدونة الأحوال الشخصية حول هذا الفصل ما يلي : ذهب الجمهور إلى أن الولد إنما يلحق بالأب بعد ثبوت الفراش، وهو لا يثبت إلا بعد إمكان الوطء في النكاح الصحيح (أو الفاسد الذي يدرأ الحد) وروي عن أبي حنيفة إنه يثبت بمجرد العقد، ورد عليه بأنه لايد من إمكان الوطء..

ولا شك أن اعتبار مجرد العقد في ثبوت الفراش جمود ظاهر، فقد حكى ابن القيم عن أبي حنيفة أنه يقول : بأن نفس العقد كاف وإن علم أنه لم يجتمع بها، بل لو طلقها عقبه في المجلس تصوير به الزوجة فراشا، وهذا يدل على أنه لا يلاحظ المظنة أصلا، وذهب ابن تيمية إلى أنه لايد من معرفة الدخول المحقق وذكر أنه أشار إليه أحمد ورجحه ابن القيم (هـ عن نيل الأوطار للشوكاني ص 210 ج 6 ونقل مثله الصنعاني في شرح بلوغ المرام 290/3. وجاء في الأبي على مسلم 79/4 قال المازري : اتفقوا على أن الحرة فراش بالعقد، قال عياض بشرط إمكان الوطء ولحوق الولد وهو أن تأتي به لسته أشهر فأكثر (هـ. والخلاصة : أن الاتفاق واقع على أن المرأة تعتبر فراشا بمجرد العقد، يلحق ولدها إذا جاءت به لمدة ستة أشهر من العقد عند الجمهور وكان الوطء ممكنا، وذهب أبو حنيفة إلى أن الولد يلحق بمجرد العقد ولو لم يكن هنالك مظنة الالتقاء، وذهب ابن تيمية إلى اشتراط الدخول للحاق الولد. يقول علال الفاسي : والذي أختاره هو مذهب الجمهور خصوصا بالنسبة لظروف العصر الجديد حيث إن الآباء أخذوا يسمحون لبناتهم بالاتصال والاختلاء والتفسيح مع خطيبهن بمجرد ما يقع الصداق. عن مجموعة عبود رشيد عبود - الأحوال الشخصية قواعد ونصوص وشروح ص 155.

ثالثا : الأحكام المأخوذة من نصوص تقصد إلى تحقيق مصلحة دقيقة مؤقتة تغيرت الظروف التي دعت إليها :

161 - ومثال ذلك :

1 - اشتراط النسب القرشي في الإمام الأعظم (الأئمة من قریش) فإن هذا الشرط كان بناء على ما لقریش من عز وسيادة ومنعة، وعلى حاجة الإمام الأعظم في ذلك العصر إلى هذه المكانة حتى يستقر الحكم وينفذ الأمر وتجتمع كلمة الأمة. (32)

2 - غنائم الحروب وتعمير الأرض : فقد خولت للمحارب بقوله ﷺ : من قتل قتيلا، له عليه بيعة، فله سلبه) وقوله : (من أحيا أرضا ميتة فهي له) فإن منح السلب للقاتل من قبيل التحريض على القتال، في ظروف دعت إليه، وللحاكم أن يفعله بحسب ما يرى من مصلحة فهو ليس من قبيل الشرع العام الثابت الذي لا تجوز مخالفته، ونظيره

(32) وفي هذا المعنى يقول ابن خلدون : (إن الأحكام الشرعية كلها لابد لها من مقاصد وحكم تشتمل عليها وتشرع لأجلها، ونحن إذا بحثنا عن الحكمة في اشتراط النسب القرشي، ومقصد الشارع منه، لم يقتصر فيه على التبرك بوصلة النبي ﷺ كما هو في المشهور، وإن كانت تلك الوصلة موجودة والتبرك بها حاصلًا، لكن التبرك ليس من المقاصد الشرعية كما علمت، فلا بد إذن من المصلحة في اشتراط النسب، وهي المقصودة من مشروعيتهما، وإذا سبرنا وقسمنا لم نجد لها إلا اعتبار العصبية التي تكون بها الحماية والمطالبة ويرتفع الخلاف والفرقة بوجودها لصاحب المنصب فتسكن الملة وأهلها وينتظم حبل الألفة فيها وذلك أن قریشا كانوا عصبية مضر وأصلهم وأهل الغلب منهم وكان لهم على سائر مضر العزة بالكثرة والعصبية والشرف، فكان سائر العرب يعترف لهم بذلك ويستكينون لغلبهم فلو جعل الأمر في سواهم لتوقع افتراق الكلمة بمخالفاتهم وعدم انقيادهم، ولا يقدر عليهم غيرهم من قبائل مضر أن يرددهم عن الخلاف ولا يحملهم على الكرة فتفترق الجماعة، وتختلف الكلمة، والشارع محذر من ذلك حريص على اتفاقهم ورفع التنازع والشتات لتحصل للوحدة والعصبية...

وإذا ثبت أن اشتراط القرشية إنما هو لدفع التنازع بما كان لهم من العصبية والغلب، وعلمنا أن الشارع لا يخص الأحكام بجبل ولا عصر ولا أمة علمنا أن ذلك إنما هو من الكفاية فرددناه إليها وطردنا العلة المشتبهة على المقصود من القرشية وهي وجود العصبية فاشتربنا في القائم بأمر المسلمين أن يكون من قوم أولي عصبية قوية غالبية على من معها لعصرها ليستتبوا من سواهم وتجتمع الكلمة على حسن الحماية) مقدمة ابن خلدون ص 195 وما بعدها طبعة دار البيان.

إحياء الأرض الموات فلا إمام أن يأذن في إحياء الأرض القريبة وله أن يمنع (33)

الفرع الثاني : الأحكام المبنية على الاجتهاد (34) من قياس ومصلحة وعرف ونحو ذلك.

162 - إن الأحكام الفقهية الاجتهادية هي المجال الواسع لنظرية العمل، إن في هذه الأحكام يقع العدول عن المشهور، ويؤخذ بما جرى به العمل، ولو كان غير مشهور، ويقع فيها أيضا تناسخ الأعمال. ومصادر الأحكام الاجتهادية أنواع متعددة، نقسم هذا الفرع إلى مطالب بحسبها.

المطلب الأول : تغير الأحكام العرفية.

المطلب الثاني : تغير الأحكام القياسية.

المطلب الثالث : تغير الحكم لتغير العلة.

المطلب الرابع : تغير الأحكام المبنية على المصلحة المرسلة.

(33) وذكر خليل في مختصره حكم الأرض الموات فقال : (وافتقر لإذن وإن مسلما إن قرب وإلا فلا إمام إمضاؤه أو جعله متعديا، بخلاف البعيد ولو ذميا بغير جزيرة العرب). المختصر ص 250 مطبعة الاستقامة بالقاهرة 1938. وقد ذكر أيضا حكم هذه المسألة د. محمد يوسف موسى في تاريخ الفقه الإسلامي ص 65 - 66، ود. زكريا البري في مقال الأحكام المستقرة والمتغيرة المنشور بمجلة العربي الكويتية العدد 138 ص 23.

(34) إن تقسيمنا للأحكام المتغيرة، إلى ما يبنى على النص الظني، وإلى ما يبنى على الاجتهاد، نقصد به أن القسم الأول تؤخذ فيه الأحكام مباشرة من النص باستعمال أدوات التفسير اللغوي كقواعد المفهوم والمنطوق والمترادف، والعام، والتخصيص وغير ذلك من القواعد اللغوية. أما النص القطعي الدلالة، فلا يحتاج إلى استعمال قواعد التفسير اللغوي، لاستنباط الحكم منه، بل النص نفسه حكم، وأحكام النصوص القطعية لا تنسب إلى مذهب من المذاهب الاجتهادية، بل هي أحكام قرآنية وحديثية. ونقصد بالقسم الثاني (أي الاجتهاد) أن الأحكام لا تؤخذ مباشرة من النص بل لابد من واسطة لها علاقة بالنص من جهة، ولها علاقة بالحكم المستنبط من جهة ثانية، وتلك الوسائط هي مصادر الفقه العقلية أو الإمارات التي وضعها الشارع لتشريع الأحكام كالعرف والمصلحة.

المطلب الخامس : تغيير الأحكام بناء على الضرورة والحاجة.

المطلب السادس : تغيير الأحكام المبنية على المعرفة البشرية.

المطلب الأول : تغيير الأحكام العرفية.

163 - ندرس هنا العرف الذي ورد به نص، أي العرف العربي الذي أقره الرسول ﷺ في عهده، والعرف الجاري بين الناس في العصور التالية والذي يدخل في المصادر الاجتهادية، وذلك للجمع بينهما في مكان واحد. وقد وقع التساؤل والخلاف حول ما إذا كان النص الشرعي مبنيا على العرف والعادة، ثم تغيرت العادة، فهل يجوز إهمال النص، وتغيير حكمه أو تفسيره؟ أو بعبارة أخرى هل يجب اتباع النص المبني على العادة القديمة، أم اتباع العادة الجديدة؟ (35).

وفي الجواب على هذا التساؤل يجب تصنيف العوائد إلى صنفين حسب ما تقدم :

- 1 - **صنف أول :** وهو العوائد الشرعية التي أمر بها الشرع إيجابا أو ندبا، أو نهى عنها كراهة أو تحريما، أو أذن فيها فعلا أو تركا.
- 2 - **صنف ثان :** وهو العوائد الجارية بين الناس بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي.

164 - **فالصنف الأول :** هو محل الخلاف بين الفقهاء فذهب الجمهور إلى وجوب اتباع النص المتضمن للعادة القديمة، ولا يتغير الحكم إلى العادة الجديدة، لأن النص عندهم أقوى من العرف، ولأنه (لامساغ للاجتهاد في مورد النص).

(35) فلسفة التشريع في الإسلام د. صبحي المحمصاني ص 212.

وقد عبر عن هذا الرأي الإمام الشاطبي (36) بقوله إن : (العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها... (تكون) ثابتة أبدا كسائر الأمور الشرعية، فالعوائد الجارية في الناس، إما حسنة عند الشارع أو قبيحة فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع، فلا تبديل لها وإن اختلفت آراء المكلفين فيها، فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها قبيحا ولا القبيح حسنا).

وذهب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة إلى ترك النص المتضمن للعادة القديمة، واتباع العادة الجديدة، وعلل رأيه بأن العادة (كانت هي المنظور إليها) وأن النص على ذلك ما كان في ذلك الوقت إلا لأن العادة جرت إذ ذاك بذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم). (37)

ونمثل بما يوضح ذلك : هو أنه من المعلوم أن الشعير والحنطة هما من المكيلات حسب الحديث : (البر بالبر كيلا بكيل، والشعير بالشعير كيلا بكيل) فالحديث يفيد أن البر والشعير من الأموال التي تباع بالكيل لا بالوزن، ولكن هذا كان مبنيا على العادة التي كانت في زمن النبي ﷺ ثم تغيرت فيما بعد حيث أصبحت هذه الأشياء تباع وزنا لا كيلا أي تباع بالقنطار أو بالكيلوغرام، أو بغير ذلك من الموازين.

فهل هذه المعاملات التي تقع بالوزن لا بالكيل تعتبر باطلة لأنها مخالفة للحديث الذي ينص على الكيل، أم تعتبر صحيحة لأن المنظور إليه في هذا الحديث وفي الحكم الذي تضمنه إنما هو العادة ليس إلا ؟ فأجاب

(36) الموافقات 2/ 283 والشاطبي هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي أخذ عن ابن الفخار البيري وأبي القاسم السبتي وأبي عبد الله التلمساني وأبي عبد الله المقرئ وأبي سعيد ابن لب والخطيب ابن مرزوق الجد وغيرهم، ومن تأليفه شرح الخلاصة في النحو، والموافقات في الأصول والاعتصام في الحوادث والبدع وتمييزها عن المصالح المرسله، وله فتاوى كثيرة توفي سنة 890.

نيل الابتهاج لأحمد بابا التنبكتي ص 46.

(37) مقدمة إحياء علوم الشريعة د. محمضاني ص 75 وفلسفة التشريع له ص 212.

أبو يوسف استحسانا بأن هذه العادة الجديدة واجبة الاتباع، ومن ثم فإن تلك المعاملات والعقود التي حصلت بالوزن لا بالكيل تكون صحيحة. (38)

فالنص هنا جاء مراعيًا للعادة السائدة وقتئذ، فكانت بمنزلة الشرط لتطبيق النص، ولكن لما تغيرت العادة أصبح هذا الشرط مفقودا وصارت العبرة للعادة الجديدة، وما دام أن هذا الأمر لا يحصل في القرآن الكريم لأنه قلما يتعرض للتطبيقات الجزئية وإنما الرسول هو الذي يقوم بالتطبيق، فيظهر لنا أنه لا حرج علينا من النظر في مقصود النص دون التمسك بحرفيته، فنغير الحكم والفتوى كلما تغيرت العادة إذا ورد النص بغير صيغة الأمر والنهي، بأن تكون القاعدة التي تضمنها النص مفسرة لا آمرة. وهذا يمكن أن يستفاد من بعض العمومات والمطلقات الواردة في الموضوع كقول القرافي المالكي في الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام : (وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب). (39)

فهذا الكلام إذا أمكن حمله على إطلاقه، كان شاملا لجميع الأحكام دون استثناء وكان ذلك موافقا لما قاله أبو يوسف.

وهذا الرأي اتبعته مجلة الأحكام العدلية العثمانية في قاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) - مادة 39 - التي وردت على إطلاقها، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد نصا أو دلالة. (40)

(38) المرجع السابق نفس الصفحة.

(39) ص 67 مطبعة الأنوار بمصر 1938.

(40) جاء في شرح تلك المادة (39) لعلي حيدر : (أن الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام المستندة على العرف والعادة، لأنه بتغير الأزمان تتغير احتياجات الناس، وبناء على هذا التغير يتبدل أيضا العرف والعادة، وبتغير العرف والعادة تتغير الأحكام حسبما أوضحناه، بخلاف الأحكام المستندة على الأدلة الشرعية التي لم تبين على العرف والعادة فإنها لا تتغير) درر الحكام شرح مجلة الأحكام - تعريب فهمي الحسيني ص 43 ج 1 مطبعة دار العلم للملايين بيروت.

الصنف الثاني : العوائد والأعراف التي لا ينفى عنها ولا يثبتها دليل شرعي :

165 - وهذا الصنف محل اتفاق في تغيير الأحكام المبنية عليه، إذا تغيرت تلك العوائد والأعراف، إلا أن عوائد هذا الصنف قد تكون ثابتة لا تتبدل، وقد تكون متبدلة متغيرة، ومع ذلك فهي أسباب لأحكام تترتب عليها.

166 - فالعوائد والأعراف الثابتة : التي مثل شهوة الطعام والشراب والوقاع والنظر والكلام والمشي والظلم والاعتداء وأشياء ذلك، فإذا كانت أسبابا لمسببات حكم بها الشارع، ولا إشكال في اعتبارها والبناء عليها والحكم على وفقها دائما. (41)

فالأحكام المبنية على هذه العوائد الثابتة لا تتغير ولا تتبدل لأن تلك العادة نفسها ثابتة لا تتغير، فأحكام حد شرب الخمر وحد الزنى والقصاص ثابتة لا تتغير لأن عادة الشرب والزنا والاعتداء والظلم ثابتة لا تتبدل، فالمسببات مرتبطة بالسبب وجودا وعدما. (42)

(167) وأما العادة المتبدلة : التي يكون فيها التبدل من حسن إلى قبح أو بالعكس من قبح إلى حسن، مثل كشف الرأس قديما فإنه يختلف بحسب البقاع فهو لذوي المروءات قبيح في بعض البلاد وغير قبيح في بلاد أخرى، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون كشف الرأس في البلاد التي تستقبحه قادحا في العدالة وفي البلاد التي لا تستقبحه يكون غير قادح في العدالة. (43)

(41) موافقات الشاطبي 2/ 284.

(42) العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة ص 84 مطبعة الأزهر 1987.

(43) موافقات للشاطبي 2/ 284.

فالأحكام الشرعية المبنية على هذه الأعراف المسكوت عنها (44) والتي لم يرد نص بنفيها أو إثباتها، فإنه لاختلاف في تبدل الأحكام وتغيرها بتبدل وتغير تلك الأعراف.

168 - وقد سئل الإمام القرافي عن مثل هذه الأعراف التي لم ينفيها نص ولم يثبتها إذ قيل له : (ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشافعي ومالك وغيرهما المترتبة على العوائد والأعراف التي كانت حاصلة حالة جزم العلماء بهذه الأحكام.

فهل إذا تغيرت تلك العوائد وصارت لا تدل على ما كانت تدل عليه أولاً، فهل تبطل هذه الفتاوي المسطورة في كتب الفقه، ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة، أو يقال نحن مقلدون وما لنا أحداث شرع، لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين ؟

فكان جواب القرافي كما في الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام : (إن أمر الأحكام التي مدركها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغيير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس تجديدا للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد...

وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب، وكذلك الدعاوي إذا كان القول قول من ادعى شيئا لأنه العادة، ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه، بل انعكس الحال فيه، بل ولا يشترط تغيير العادة، بل لو خرجنا نحن من تلك البلاد إلى بلد آخر

(44) المقصود بالعرف المسكوت عنه هو العرف في قضية عينية، أما العرف كمرجع للأحكام عند اختلافها، أو التحاكم إليه عند انعدام النص، فإن الشرع لم يسكت عليه، بل نص على الأخذ بالعرف في مثل هذه الحالات. كما سنبين ذلك في الفصل الأول من الباب الرابع من هذا القسم إن شاء الله.

عوائدهم على خلاف عادات البلد الذي كنا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عاداته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نفتحه إلا بعاداته دون عادة بلدنا(45) وزاد القرافي موضحاً هذه الفكرة في كتاب الفروق فذكر أن : (الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات والعيوب في الأعواض في البياعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى، لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة رددنا به المبيع، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً لزيادة الثمن لم ترد به، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء، لا خلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا ؟...)

ثم قال : (وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك، لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك، والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين). (46)

169 - وبعد التسليم بقاعدة تغير الأحكام بتغير العوائد والأعراف يجب اعتبار أن هذا التغير والاختلاف في الأحكام، لا يرجع إلى الاختلاف في أصل الخطاب، بل الخطاب الأصلي واحد ثابت، وذلك نظير السفينة الشراعية، فإن شراؤها يقام على شكل يسير بالسفينة في الاتجاه المطلوب، فإذا انحرف مهب الريح وجب تعديل وضع الشراع، فالشراع في الأصل واحد لكنه يتغير

(45) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ص 67 مطبعة الأنوار بمصر سنة 1938.

(46) الفروق 1/176 وما بعدها مطبعة دار المعرفة بيروت.

وضعه بتغير اتجاهات الرياح، فذلك الحكم الأصلي واحد لكن تطبيقه يتجه باتجاه العادات. (47)

ويحلل الشاطبي هذا الرأي بأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي لو فرض بقاء الدنيا، وكذلك التكاليف التي ورد بها الشرع فإنها ثابتة تامة وكاملة لم يحتج في الشرع إلى مزيد، وإنما معنى اختلاف الحكم وتغيره بتغير العوائد، هو أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها، كما في البلوغ مثلا، فإن الخطاب التكليفي مرتفع عن الصبي قبل البلوغ، فإذا بلغ خوطب بالتكليف، فسقوط التكليف قبل البلوغ ثم ثبوته بعده ليس باختلاف في الخطاب وإنما وقع الاختلاف في العوائد أو في الشواهد، وكذلك الحكم في الزواج بعد الدخول بأن القول قول الزوج في دفع الصداق بناء على العادة، وأن القول قول الزوجة بعد الدخول أيضا بناء على نسخ تلك العادة، ليس باختلاف في الحكم الأصلي، إذ الحكم الأصلي واحد وهو (أن الذي ترجح جانبه بمعهود أو أصل فالقول قوله بإطلاق لأنه مدعى عليه) فالأحكام ثابتة تتبع أسبابها. (48)

المطلب الثاني : تغير الأحكام القياسية.

170 - إن الأحكام المستنبطة بالقياس هي من الأحكام القابلة للتغيير والتبديل وذلك أن الوقائع التي قاس عليها الفقهاء السابقون وقائع عصرهم كانت عناصر العلة حينذاك موجودة في كل من الواقعتين، لكن وقائع عصرنا اليوم بسبب الظروف الاجتماعية والطور التقني فإنه قد دخلت عناصر جديدة في علل وقائع عصرنا مما يجعل هناك فروقا بين المقيس عليه

(47) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء - محمد سلام مذكور ص 366.

(48) المحاضرات المغربية - محمد الفاضل بن عاشور ص 63.

والمقيس، وهذا يدعوننا إلى إعادة النظر في الأحكام الفقهية المبنية على القياس لتغير الوقائع في المقيس عن المقيس عليه. (49)

وإذا كان لاختلاف الزمان تأثير في تغيير صور الوقائع بين المقيس عليه والمقيس، فإن لاختلاف الإقليم وما يرتبط بكل إقليم من أوضاع طبيعية واجتماعية واقتصادية تأثير أيضا في اختلاف الوقائع بين المقيس عليه والمقيس، وذلك أنه عندما تحدث حادثة في إقليم ويحدث مثلها في إقليم آخر، فإن تصور الحادثة يختلف من إقليم لآخر لارتباط الحادثة بملاسل كل إقليم، فتلك الملاسل الإقليمية تعطي الفقيه مجالات واسعة لتقدير المعنى الذي يحقق العلة، بما لا يحقق به الفقيه الآخر، لأن الملاسل تختلف.

المطلب الثالث : تغيير الحكم لتغير العلة.

171 - إن قاعدة تغير الحكم لتغير العلة تطبق في الأحكام النصية، وفي الأحكام الإجتهادية من قياسية ومصلحية. ومقتضى القاعدة: (أن الحكم الشرعي المبني على علة يدور مع علته وجودا وعدما) يعني يوجد الحكم إذا وجدت العلة وينتهي إذا انتهت العلة.

وبهذا المعنى قال عز الدين بن عبد السلام: (فصل في مناسبة العلل لأحكامها وزوال الأحكام بزوال أسبابها).

ومن أشهر الأمثلة على تطبيق هذه القاعدة اجتهاد الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه في مسألة (المؤلفة قلوبهم) فقد جاء في الآية الكريمة: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبِهِمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ﴾ (50)

(49) قواعد الأحكام في مصالح الأناس 5/2.

(50) آية 60 من سورة التوبة.

-المؤلفة قلوبهم- الذين ورد ذكرهم في هذه الآية الكريمة هم الذين كان النبي ﷺ يوزع عليهم حصتهم من ضريبة الزكاة، لأجل كسب قلوبهم وإبعادها عن الشر بالهداية، أو لأجل تقوية إيمانهم الضعيف وتقويم خلقهم، أو لأجل كسب نفوذهم الكبير في قومهم، فتأليف القلوب على هذه الصورة كان الغاية من إعطاء هذه الفئة من الناس (المؤلفة قلوبهم) نصيبهم الشرعي من الصدقات.

هذا النص بني إذن على علة، وهي ما كانت تحتاجه الدعوة الإسلامية من تأييد في بداية عهدها وتأمين نصرها على الوثنية الجاهلية، ولكن هذه العلة زالت بعد أن انتصرت الدعوة وقويت شوكتها في عهد عمر بن الخطاب، فلذا أوقف ابن الخطاب عطايا - المؤلفة قلوبهم - وألغى حصتهم بقوله الحازم المشهور : (هذا شيء كان رسول الله ﷺ يعطيكموه ليتألفكم على الإسلام، والآن فقد أعز الله الإسلام وأغنى عنكم، فإن ثبتم على الإسلام، وإلا فبيننا وبينكم السيف) وقال أيضا : (إنا لا نعطي على الإسلام شيئا، فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) ففي هذه المسألة بني الحكم الشرعي على علة، فلزم بقاء العلة لبقاء الحكم، ووجب انتهاءه بانتهائها، أي انتهاء الحكم بانتهاء علته، (51) فهذه المسألة في الحقيقة لا يوجد فيها تغيير في النص، ولا توجد مخالفة للنص، فالنص باق ثابت، إنما اشترط لتطبيقه وجود علة معينة، فمتى زالت هذه العلة زال شرط تطبيقه، ولكن إذا رجعت العلة ورجع من ثم شرط تطبيق النص، وجب تطبيقه، فكل النصوص المبنية على سبب مقصود شرعا، وهو العلة يقتضي لبقاء الحكم فيها - حسب هذا الرأي - بقاء علته. وهناك من سمى حالة تغير الحكم لتغير علة النص بتغيير تفسير النصوص. (52)

(51) تاريخ الفقه الإسلامي د. محمد يوسف موسى ص 62 وما بعدها.

(52) مقدمة إحياء علوم الشريعة. د. محمضاني ص 72. فلسفة التشريع في الإسلام له ص 207.

على أن المجال الواسع لأعمال قاعدة تغير الحكم لتغير العلة هو الأحكام القياسية والمصلحية لأنها تبنى على العلل والأسباب، ولسرعة تغير المصالح والعلل فيها.

المطلب الرابع : تغير الأحكام المبنية على المصلحة المرسلة.

172 - إن المصالح العامة الكلية قد كفلتها النصوص بأكثر من دليل، وهي ثابتة لا تتغير، وإن الذي نريد ذكره هنا هو المصالح الجزئية التي حدثت بعد عصر نزول النصوص، وبالطبع فإنه لم يرد عن الشارع نص فيها بذاتها ولا فيما يماثلها، فإن هذا النوع من المصالح قد فوض أمر تشريع الحكم له إلى أهل الذكر وأصحاب الاختصاص في مختلف العصور والأمصار، فعلى الفقهاء وأولي الأمر أن يراعوا المصلحة، وأينما وجدت المصلحة فثم شرع الله.

ومن ذلك الأحكام التي ذهب إليها الفقهاء قديما في تفصيلات أنظمة الدولة، من خلافة وولاية للعهد، والخطط الشرعية الأخرى، والنظم الإدارية والمالية، وفي أحكام التعزيرات، فيما عدا الحدود والقصاص وكذلك أحكام المرافعات ونظام التقاضي وتنفيذ الأحكام ونحو ذلك مما كان مستند الفقهاء فيه مجرد المصلحة في زمنهم مثل الإيضاء بولاية العهد بمصلحة الاستقرار وحفظ الأمن في البلاد، والعقوبة بالمال لسهولة تطبيقها فيما إذ فر الجاني، وقواعد تسجيل الدعاوي ودفوعاتها ودرجات المحاكم وأجال الطعن وغير ذلك من القواعد المبنية على المصلحة.

فجميع هذه الأحكام قابلة للتغير كلما تطورت الحياة، وتغيرت الظروف التي دعت إليها، كل ذلك في ضوء المصلحة. والأحكام الجديدة المبنية على

المصلحة والتي تقول بها الأمة الإسلامية بواسطة أهل الاختصاص تكون هي أيضا من جملة الفقه الإسلامي. (53)

المطلب الخامس : تغير الأحكام بناء على الضرورة والحاجة.

173 - من جملة الأحكام التي تتغير أيضا، الأحكام التي غيرها الشارع أو أذن في تغييرها بناء على ما يطرأ للناس من ضرورات تبيح المحظورات، ومشقات غير معتادة تجلب التيسير، وذلك أن الشارع الحكيم قد جاء بأحكامه الأصلية تنظيما للحالات العادية، ثم غيرها أو أذن في تغييرها تغييرا وقتيا في الحالات الاستثنائية معالجة لحالات الضرورة التي يترتب الهلاك والضياع على العمل فيها بتلك الأحكام الأصلية، ولحالات الحاجة التي يشعر الناس فيها بالحرَج والضيق والعنت إذا عملوا فيها بهذه الأحكام الأصلية. (54)

وفي تغير الأحكام بناء على الضرورة يقول ابن عابدين أنه : (لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا، للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد. (55) ومن الأمثلة على تطبيق قاعدة تغير الأحكام بناء على الضرورة :
- جواز تغير حكم شرب الخمر من حرمة إلى إباحة في حالة الغصة.

المطلب السادس : تغير الأحكام المبنية على المعرفة البشرية.

174 - هناك أحكام بنيت على معرفة بشرية زمنية أثبت تطور المعارف الإنسانية والعلوم الكونية خطأها، لأنها كانت مبنية على استقرار ناقص

(53) الأحكام المستقرة والأحكام المتغيرة، مقال للأستاذ زكريا البري في مجلة العربي الكويتية العدد 138 ص 24.

(54) المرجع السابق ص 25.

(55) مجموعة رسائل ابن عابدين 2/ 125.

أو على الثقة بأقوال بعض الناس وهم ليسوا أهلاً للثقة، أو الثقة بمعلومات معينة لم يتوافر لها من وسائل الملاحظة والتجربة والتمحيص العلمي ما يجعل تلك المعلومات صحيحة، وكمثال على هذا ما ورد في أقصى أمد الحمل، فإن الفقهاء استندوا في ذلك إلى رأي بعض النساء في زمنهم، فبعضهم قال إن أمد الحمل سنتان وبعضهم قال أربع سنوات فالحكم المستند إلى هذه المعلومات ليس شرعاً دائماً مؤبداً، بل هو مرتبط بتلك الاستشارة النسائية أو الخبرة العلمية فإذا ثبت أن تلك الاستشارة النسائية أو الخبرة العلمية كانت خاطئة، فإن الحكم المبني عليها يتغير، وفي الحقيقة أنه إذا ترك ذلك الحكم الذي قال به مالك أو أحد أصحابه، فإنه إنما ترك قول المرأة التي استشيرت في أقصى أمد الحمل. (56)

(56) شريعة الإسلام خلودها وصلاحتها في كل زمان ومكان - د. يوسف القرضاوي ص 123 وما بعدها.

الفصل السادس

تخوفات واستشكالات

حول تعميم نظرية تغير الأحكام

في الزمان والمكان والأشخاص والأحوال

ندرس هذا الفصل في فرعين :

الفرع الأول : عرض رأي القائلين بقصر تغير الأحكام على الزمان، ورأي القائلين بالتعميم، حتى في المكان والأشخاص والأحوال.

الفرع الثاني : مؤيدات القول بتعميم تغير الأحكام.

الفرع الأول : عرض رأي القائلين بقصر تغير الأحكام على الزمان، ورأي القائلين بالتعميم، حتى في المكان والأشخاص والأحوال.

176 - إن الفقهاء أثناء البحث في نظرية تغير الأحكام لم يتفقوا على تعميم النظرية بالنسبة لتغير الزمان والمكان والأشخاص والأحوال والنيات، بل منهم من ضيق من نظرية تغير الأحكام وقصرها على حالة تغير العرف فقط دون حالات تغير الموجبات الأخرى من مصلحة وضرورة وتغير العلة وتغير الوقائع وكذا قصرها على تغير الزمان فقط.

وبقراءة المادة : 39 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية المأخوذة من المذهب الحنفي (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) وكذلك قراءة قول ابن

عابدين الحنفي (فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان). (57)

نجد المذهب الحنفي يقصر نظرية تغير الأحكام على تغير الزمان فقط، دون أن يعممها على تغير المكان والأحوال والنيات كما ذهب إلى ذلك ابن قيم الجوزية الذي عمم النظرية حيث قال : (فصل تغير الفتوى، واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد. (58)

177 - والجدير بالذكر أن المذهب المالكي قال بتعميم النظرية في حالة تغير الزمان والمكان، فقد أجاز فقهاء هذا المذهب اختلاف الأحكام بين تونس وفاس. وقرطبة لاختلاف الأمكنة ولذلك اشتهرت أعمال هذه البلدان فصنفت فيها كتب ككتاب (لقط الدرر في العمل المشتهر) لقاضي تونس الشيخ محمد السنوسي ابن مهنية، (59) وكنظم العمل الفاسي لعبد الرحمن الفاسي، والعمل المطلق للسجلماسي.

وقد قال الشيخ التسولي : أن العمل الجاري ببلد لايعم سائر البلدان إلا إذا كان موجه يقضي العموم. (60)

وقد ذكر الشيخ الرهوني الوزاني عند كلامه على حكم الرجوع في الوصية : أنه لاتعارض بين القول بالرجوع في الوصية، والقول بعدم الرجوع فيها إذا اختلف محل العملين كتونس وفاس. (61)

178 - وقد علل الفقهاء والباحثون الذين قالوا بعدم اختلاف الأحكام باختلاف البلدان أن الأحكام الفقهية يجب أن (لاتختلف باختلاف الأقطار والمدن بل يجب أن تكون لازمة لكل مكلف أينما كان فالحلال حلال في

(57) مجموعة الرسائل 2/ 125.

(58) أعلام الموقعين 3/ 14 مطبعة السعادة بمصر 1955.

(59) المحاضرات المغربية. للفاضل بن عاشور ص 88.

(60) شرح البهجة على التحفة 1/ 21.

(61) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لخليل 8/ 248 - ونشر البنود على مراقبي السعود 3/ 240.

المشرق والمغرب وكل بقعة من بقاع الأرض وكذلك الحرام حرام في المشرق والمغرب وكل بقعة من الأرض، أما أن يكون الشيء مباحا في المشرق حراما في المغرب فأمر لايقوله عاقل فضلا عن عالم(62) بل قد أظهر الشيخ أبو زهرة على جلالة قدره في سذاجة تخوفه عند الأخذ بالمصلحة دليلا قائما بذاته من (اختلاف الأحكام باختلاف البلدان، بل باختلاف الأشخاص في أمر واحد، فيكون حراما لما فيه من مضرّة في بلد من البلدان، وحلالا لما فيه من نفع في بلد آخر، أو يكون حراما لما فيه من مضرّة بالنسبة لبعض الأشخاص، وحلالا بالنسبة لشخص آخر، وما هكذا تكون أحكام الشريعة الخالدة التي تشمل الناس أجمعين.(63)

الفرع الثاني : مؤيدات القول بتعميم تغير الأحكام :

179 - نناقش الفريق الذي يمنع التعميم، فيما أثاره من تخوفات، فنبين أن اختلاف الأحكام باختلاف الأماكن والأشخاص والأحوال والنيات لايتعارض مع الأصول ولا مع العقل والعدالة، ونستعرض كذلك أدلة من السنة وأثر الصحابة وأقوال العلماء على مراعاة الظروف المكانية والأحوال والنيات، ونذكر كذلك فوائد مراعاة الظروف المكانية.

وهذا يقتضينا تقسيم هذا الفرع إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : نفي التعارض بين القول بتعميم تغير الأحكام وبين الأصول الشرعية.

المطلب الثاني : الاستدلال على مراعاة الظروف المكانية.

المطلب الثالث : فوائد مراعاة الظروف المكانية.

المطلب الرابع : مراعاة أحوال الأشخاص والنيات.

(62) حكم تعاظمي الدخان وطابة - عبد الحي بن الصديق مخطوط خاص ص 22.

(63) أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة ص 283 دار الفكر العربي بمصر 1373.

المطلب الأول : نفي التعارض بين القول بتعميم تغير الأحكام وبين الأصول الشرعية.

180 - إنه لاتعارض بين القول بتعميم نظرية تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات، وبين الأصول الشرعية التي تقتضي العدالة والمساواة بين جميع الأفراد، بحيث يكون الشيء حلالا على الجميع أو حراما على الجميع، وذلك أن صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان وحال، يقتضي أن تكون الأحكام مرنة ومتطورة، فالشريعة الإسلامية لم تأت لبلد واحد ولا لزمن واحد حتى تكون أحكامها جامدة على حالة واحدة.

ومن المسلم به لدى الجميع جواز تغير الأحكام العرفية بتغير الزمان. فإن تسليم تغير الأحكام العرفية بتغير الزمان يقتضي أيضا التسليم بتغير الأحكام المبنية على المصلحة المرسلة والضرورة وتغير العلة وغير ذلك من الموجبات المذكورة سابقا، وكذلك يقتضي التسليم بتغير الأحكام لتغير الأمكنة والأحوال والنيات.

وإن محاولة فصل عنصر الزمان عن عنصر المكان والأحوال والنيات أمر غير ممكن، وذلك للترابط القائم بين هذه العناصر، وقد أشار صبحي الصالح إلى هذا التلازم بقوله : (ولا سيما بعد إقامة البرهان على سلامة كثير من النظريات العلمية المتعلقة بالنسبية و(بالزمان) نحتا من الزمان والمكان). (64)

وقال صبحي الصالح معلقا على قول ابن قيم الجوزية : (فصل في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد) إنه يستفاد (من عنوان فصله، ومن التعابير الدقيقة الواردة فيه، ثم من الوقائع التي يسردها خلاله، ومن فتاوي الفقهاء السابقين له وتخريجاتهم

(64) معالم الشريعة الإسلامية ص 68.

الذكية، لم يبد لنا متساميا بالمصلحة فوق اعتبارات الزمان فحسب، بل مستغرقا كل أطر المكان (وفيها تدخل الأوصاف والنيات) وكل تغيرات الأحوال (وفيها تدخل الأطوار الاجتماعية أو التطورات) وكل دخائل النيات (وفيها تدخل البواعث الإرادية والنفسية لدى الأشخاص بوجه عام) وكل مظاهر العادات (وفيها تدخل الأعراف المبرأة من الانحراف). (65) وفي المطلب الثاني زيادة بيان.

المطلب الثاني : الاستدلال على مراعاة الظروف المكانية.

181 - ولتأييد وجهة النظر القائلة بالتعميم، نستعرض أولا الآلة على مراعاة الظروف المكانية.

لقد ذكر ابن قيم الجوزية كدليل لهذا النوع أن النبي ﷺ : (نهى أن تقطع الأيدي في الغزو) وقد رتب الأصوليون على هذا الحديث قاعدة : وهي أن الحدود لا تقام في أرض العدو. وذكر أيضا عن علقمة أنه قال : كنا في أرض الروم، ومعنا حذيفة بن اليمان وعلينا الوليد بن عقبة فشرب الخمر، فأردنا أن نحده فقال حذيفة : أتحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمع فيكم، وقد استدل ابن قيم الجوزية بكثير من الوقائع على مراعاة ظروف المكان. (66)

ولا غرو بعد هذا إذا أشار الإمام الشاطبي في الموافقات إلى تأثير الظروف الجغرافية البيئية في صياغة الأحكام الشرعية حين قال : (إنا وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد، والأحكام تدور معه حيث ما دار فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة فإذا كان فيه مصلحة جاز). (67)

(65) المرجع السابق.

(66) أعلام الموقعين 3/ 17.

(67) الموافقات 2/ 305.

وقد ذكر القراني أن اختلاف الأحكام الاجتهادية بحسب المكان مطلوب شرعا ولا مخالفة للشرعية فيما إذا منعنا شيئا في المشرق وأبجنا ذلك الشيء في المغرب أو في أية بقعة أخرى من الأرض فقد جاء في الفروق ما يلي :

(إن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار قرب تعزير في بلاد يكون إكراما في بلد آخر، كقلع الطيلسان بمصر تعزير، وفي الشام إكرام، وكشف الرأس عند الأندلس ليس هوانا وبالعراق ومصر هوان). (68)

المطلب الثالث : فوائد مراعاة الظروف المكانية.

182 - إذا كانت الأحكام الأساسية والتي بطبيعتها ثابتة لا تتغير، ورغم ثباتها واستقرارها فإنها محققة لمقاصد الشرعية، فإن الأحكام الاجتهادية والتفريعات الجزئية لا يمكن أن تحقق مقاصد الشرعية من المحافظة على الكليات الخميس بدفع المضار وجلب المصالح إلا إذا روعي جميع الظروف، (69) ونؤكد هنا على ظرف المكان لأنه محل الخلاف.

إن أحكام المعاملات يجب أن تتلاءم مع ظروف مجتمع كل بلد إسلامي ودرجة تطوره، ومساحة أراضيه الزراعية ودرجة خصوبتها، ونسبة هذه المساحة بالنسبة لعدد سكان البلد، فمن الممكن حسب هذه الظروف أن يكون من المصلحة العامة تحديد ملكية الأراضي الزراعية في بعض البلاد التي تضيق فيها مساحة الأراضي الزراعية بينما يكثر عدد السكان ويكون من المصلحة العامة أيضا عدم تحديد هذه الملكية في البلاد التي تتسع فيها مساحة الأراضي الزراعية بينما يقل عدد السكان، بل إن الحد الأعلى أو الأدنى للملكية إذا حددت يجب أن يختلف من بلد لآخر تمشيا مع مساحة أراضيه الزراعية وعدد سكانه. (70)

(68) الفروق 4/183.

(69) أكرر مثل هذه المعاني لرفع الالتباس.

(70) وقد تعرض شراح مختصر خليل في باب إحياء موات الأراضي لبعض الطرق التي يتبعها الإمام لتوزيع الأراضي.

ويجب تطبيق نفس هذه القاعدة من حيث ما توجبه المصلحة العامة لكل بلد في جميع الميادين كأنظمة الجمارك والتصدير والاستيراد والتصنيع وما أشبه ذلك، بل إن الواقع الفعلي يثبت أن المصلحة تقضي بإباحة بعض المزروعات في جهة أو إيجابها، وبمنعها في جهة أخرى وإباحة بدلها مزروعات أخرى، في المغرب مثلاً زراعة الشمندر (اللفت السكري) مقبول في بعض الجهات، وغير مقبول في جهات أخرى ويتبع ذلك مصانع السكر، ويباح زراعة التبغ وتتنم زراعة الكيف، وكذلك الشأن فقد تحرم دولة استيراد نوع أو أنواع من المصنوعات، بينما بلاد أخرى لا يمكنها الاستغناء عن استيراد هذه الأنواع من المصنوعات، (71)

المطلب الرابع : مراعاة أحوال الأشخاص والنيات.

183 - نناقش هنا التخوفات الواردة حول اختلاف الأحكام باختلاف

أحوال الأشخاص والنيات، ونستعرض بعض الأدلة في هذا الموضوع. لقد ذكر ابن قيم الجوزية أن النبي ﷺ شرع لأُمَّته وجوب تغيير المنكر لكن إذا كان ذلك التغيير يستلزم ما هو أكثر إنكاراً منه فإنه لا يسوغ إنكاره، وهذا كالإنكار على الملوك والولاة بالخروج عليهم، فإنه أساس كل شر وفتنة، وقد استأذن الصحابة رسول الله ﷺ في قتال الأمراء الذين يؤخرون الصلاة عن وقتها وقالوا : أفلا نقاتلهم ؟ فقال : (لا ما أقاموا الصلاة) وقال : (من رأى من أميره ما يكرهه فليصبر ولا ينزعن يدا من طاعته) ومن تأمل ما جرى على الإسلام في الفتن الكبرى والصغرى رآها من إضاعة هذا الأصل وعدم الصبر على المنكر، فطلب إزالته، فتولد منه ما هو أكبر منه. وذكر أيضاً أن الرسول ﷺ كان يرى بمكة أكبر المنكرات ولا يستطيع تغييرها، بل لما فتح الله مكة وصارت دار إسلام، عزم على تغيير البيت

(71) ملكية الأراضي في الإسلام. د. محمد عبد الجواد محمد ص 362.

ورده على قواعد إبراهيم، ومنعه من ذلك - مع قدرته عليه - خشية وقوع ما هو أعظم منه من عدم احتمال قريش لذلك لقرب عهدهم بالإسلام وكونهم حديثي عهد بكفر. (72)

وفي هذا دليل على مراعاة الأحوال والنيات والأشخاص.

ونستدل أيضا على هذه المراعاة بما جاء في تبصرة ابن فرحون من أن التعازير دون الحدود تكون بحسب الجاني والمجني عليه ومقدار الجناية التي فيها التعزير فقد تكون قليلة وكثيرة، فإذا كانت الجناية من ذي الشر ضد رفيع القدر كان التأديب شديدا وإن كانت الجناية من رفيع القدر ضد ذي الشر كان التأديب أخف ففي سنن أبي داود عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود» (73) فإذا تقرر أن فاعل ذلك يؤدب فإن كان رفيع القدر فإنه يخفف أدبه ويتجافى عنه، وكذلك من صدر منه ذلك على وجه الفتنة لأن القصد بالتعزير الزجر عن العودة ومن صدر ذلك منه فتنة يظن به أن لا يعود إلى مثلها وكذلك ذوو الهيئات والمراد بذوي الهيئات من كان من أهل القرآن والعلم والأخلاق الإسلامية لا المال والجاه، والمراد بالدناءة الجهل والجفاء والحماقة

(72) أعلام الموقعين 3 / 15-16.

(73) حديث أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود، رواه زيادة على أبي داود، أحمد والنسائي وابن عدي والعسكري والعقيلي من حديث عمرة عن عائشة به مرفوعا، وقال العقيلي : له طرق لا يثبت منها شيء، وهو عند الشافعي وابن حبان في صحيحه، وكذا ابن عدي والعسكري أيضا، والبيهقي من حديث عائشة بلفظ : زلاتهم دون ما بعده، وفي سند العسكري وابن حبان أبو بكر نافع، وقد نص أبو زعة على ضعفه في هذا الحديث، وفي الباب عن عمر دواه أبو الشيخ في كتاب الحدود بسند ضعيف، وعن ابن مسعود رفعه بلفظ : تجاوزا عن ذنب السخي فإن الله يأخذ بيده عند عثراته، رواه الطبراني في الأوسط، وعن عائشة أيضا عند العسكري من حديث المثني ابن حاتم عن عبيد الله بن العيزار عن القاسم عنها مرفوعا بلفظ : تهادوا تزدادوا حياء، وهاجروا تورثوا أبناءكم مجدا، وأقيلوا الكرام عثراتهم، قال الشافعي عقب حديث عائشة : وسمعت أهل العلم ممن يعرف الحديث يقول : يتجافى للرجل ذي الهيئة عن عثرته ما لم يكن حدا، قال : وذووا الهيئات الذين يقالون عثراتهم، الذين ليسوا يعرفون بالشر فيزل أحدهم الزلة، وقال الماوردي في عثراتهم وجهان : أحدهما الصغائر، والثاني أول معصية زل فيها مطيع. - عن المقاصد الحسنة للحافظ السخاوي ط 1 دار الكتب العلمية بيروت.

فمن كان من أهل الشر كان تأديبه أشد لينزجر، وينزجر به غيره، قال القاضي عياض : مشهور قول مالك وأصحابه أن ذلك بقدر الجرم وشهرة الجاني بالأذى.(74)

والجدير بالذكر أن القوانين الوضعية تميز في العقاب بين من يرتكب الجريمة لأول مرة وبين من يعود إليها، فتعتبر العود في الجريمة من ظروف التشديد.(75)

وقد ذهب أيضا إلى مراعاة أحوال الأشخاص أبو إسحاق الشاطبي فقد ذكر : أنه ثبت في الشرع إقالة ذوي الهيئات في الزلات، وأنهم لا يعاملون بسببها معاملة غيرهم، واستدل بالحديث الذي أورده ابن فرحون (أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم) واستدل أيضا بحديث (تجافوا عن عقوبة ذوي المروءة والصلاح).(76)

ويدخل في هذا الباب عفو الرسول ﷺ عن خالد بن الوليد يوم قتل من بني جذيمة من قتل مع أن الرسول ﷺ تبرأ من صنيعه قائلا : «اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد» لكن الرسول لم يؤاخذه اعتبارا لحسن بلائه ونصره للإسلام.(77)

184 - وتطبيق قاعدة مراعاة أحوال الأشخاص حسب المفهوم الذي استعرضناه لا يتنافى مع الأصل العام في الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان في الأنظمة الوضعية من وجوب المساواة بين الناس فقد ورد في الحديث

(74) تبصرة ابن فرحون بهامش فتاوي عليش 305/2 مطبعة الحلبي بمصر 1958.

(75) القانون الجنائي في شروح وزارة العدل المغربية ص 117 - شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات المصري - محمد إبراهيم إسماعيل ص 584 - مبادئ القسم العام من التشريع العقابي - د. رؤوف عبيد ص 597.

(76) الموافقات 1/171.

(77) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية 3/19.

النبوي «الناس سواسية كأسنان المشط الواحد» (78) وفي حجة الوداع : «كلكم لآدم وآدم من تراب لافضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى».

وجاء في القرآن الكريم : (ياأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا، إن أكرمكم عند الله أتقاكم، إن الله عليم خبير) .(79)

فالحالة التي روعيت في الأشخاص هي حالة التقوى، إذ التقاة يستحب إقالتهم إذا عثروا، وكذلك روعيت المصلحة العامة في عدم إثارة الفتنة إذا كان الشخص ذا سلطة يخشى من تطبيق الحكم عليه فتنة أشد.

(78) حديث الناس سواسية كأسنان المشط الواحد استدل به علال الفاسي في مقاصد الشريعة ص 264 واستدل به عبد القادر عودة في التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي 1/26. وقد ورد بلفظ : (الناس سواء كأسنان المشط وإنما يتفاضلون بالعافية والمرء كثير بأخيه يرفده ويكسوه ويحمله ولا خير في صحبة من لا يرى لك مثل ما ترى له) ذكره ابن عدي من حديث أنس وفيه سليمان ابن عمر وهو متفق على تكذيبه، وتعقب بأن له طريق آخر أخرجه الحسن ابن سفيان في مسند، وأبو بشر الدولابي في الكنى من حديث سهل بن سعد وفي سندهما بكار بن شعيب الدمشقي ضعيف لكنه تابعه غياث بن عبد الحميد، قال ابن عراق الكناني : غياث المذكور قال الذهبي في الميزان يعرف بحديث منكر (تنزيه الشريعة المرفوعة عن الأحاديث الشنيعة الموضوعة 2/294، والحديث الذي ذكرته في المتن أورده عبد القادر عودة متصلا بحديث حجة الوداع وحديث حجة الوداع مشهور وبحث عنه في خطبة حجة الوداع في بعض الكتب فلم أجده. (79) سورة الحجرات الآية : 49.

الباب الرابع

الأسس والموجبات

التي تبني عليها أحكام العمل

الباب الرابع

الأسس والموجبات التي تبني عليها أحكام العمل

185 - تمهيد :

بالإضافة إلى ما اشترطه الفقهاء من وجوب اندراج ما يجري به العمل تحت أصل شرعي ولو عام، فإنهم أيضا اشترطوا أن يكون للقول الذي يجري به العمل أسس وموجبات اجتماعية تدعو إلى العمل بذلك القول. ويجب أن يكون هناك ترابط دائم ومستمر بين تلك الأسس والموجبات وبين ما يجري به العمل.

وقد بحثنا في الباب المخصص لارتباط العمل بالظروف الزمانية والمكانية والعوامل الاجتماعية والحضارية، مرونة وتغير الأسس التي تبني عليها أحكام العمل، وكان نتيجة لذلك تغير أحكام العمل بدورها تبعا لتغير أسسها وموجباتها.

وفي هذا الباب نبحت ماهية تلك الأسس والموجبات ثم الأدلة الشرعية على اعتبارها واتخاذها أصلا لاستنباط الأحكام وتكييفها، ولترجيح الضعيف والشاذ على المشهور من الأقوال. وبقراءة كتب مسائل العمل والنوازل نجد إشارات لأهم الأسس التي بنيت عليها أحكام العمل. فمن ذلك العرف، والمصلحة، وسد الذريعة، ورعاية الضرورة. فمن هذا التمهيد نستخلص فصول هذا الباب، وهي كما يلي :

الفصل الأول : العرف.

الفصل الثاني : المصلحة.

الفصل الثالث : سد الذريعة.

الفصل الرابع : الضرورة.

الفصل الأول

186 - العرف.

ندرس هذا الفصل حسب الفروع التالية :

الفرع الأول : معنى العرف والعادة لغة وفقها.

الفرع الثاني : تمييز العرف عما يشابهه.

الفرع الثالث : كيف ينشأ العرف وكيف يدخل في نصوص التشريع الإسلامي.

الفرع الرابع : تقسيم العرف ومجالاته.

الفرع الخامس : حجية العرف.

الفرع السادس : تطبيقات العرف في المذهب المالكي في الحقوق العرفية العقارية.

الفرع الأول : معنى العرف والعادة لغة وفقها.

نقسم هذا الفرع إلى مطلبين :

المطلب الأول : تعريف العادة.

المطلب الثاني : تعريف العرف.

المطلب الأول : تعريف العادة.

187 - العادة في اللغة : مأخوذة من العود أو المعاودة سميت بذلك لأن

صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد أخرى جمعها عادات وعوائد وهي بمعنى التكرار والاستمرار على الشيء.(1)

العادة في الاصطلاح الفقهي : عرفها ابن أمير حاج في شرح التحرير بأنها : (الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية)(2) فالأمر شامل للقول والفعل، وتكرر الشيء : حصوله مرة بعد أخرى، فخرج بالمتكرر ما حصل مرة فإنه في الأصل لا تثبت به العادة، وإن ثبتت به في بعض المواضع كما في الحائض فلمقتض خاص وهو عدم التخلف غالباً بعد حصوله مرة وخرج بقوله : (من غير علاقة عقلية) ما إذا كان التكرار ناتجاً عن علاقة عقلية فإنه لا يسمى عادة، بل يعتبر من قبيل التلازم العقلي، وذلك كتكرار حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها كتحرك الخاتم بحركة الأصبع، وتبدل مكان الشيء بحركته، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر، لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل وليس ناشئاً عن ميل أو طبع أو عامل طبيعي.

(1) المصباح المنير للفيومي 29/2 - المدخل الفقهي : مصطفى الزرقاء 2/836.

(2) وعرفها الشريف الجرجاني في التعريفات بأنها : (ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى) ص 127 و 130.

يتبين من التعريف أن باب العادة واسع، يشمل كل متكرر من الأقوال والأفعال، سواء كان صادرا عن الفرد في شؤونه الخاصة كعادته في نومه وأكله وحديثه وكثير من أفعاله، وهذه هي العادة الفردية. وسواء كان صادرا عن الجماعة والجماهير مما ينشأ في الأصل عن اتجاه عقلي وتفكير حسنا كان أم قبيحا، وهذه العادة ترادف العرف كما سيأتي بيانه.

وتشمل العادة أيضا كل متكرر سواء أكان مصدره أمرا طبيعيا كحرارة الإقليم وبرودته اللتين نشأ عنهما عادة إسراع البلوغ وإبطائه، أو كان مصدره الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق، كالتقاعس عن فعل الخيرات، والسعي بالضرر والفساد، وتفشي الكذب وأكل المال بالباطل والفسق والظلم، مما يسميه الفقهاء فساد الزمان.

أو كان مصدره حادث خاص، كشفشو اللحن الناشيء من اختلاط العرب بالأعاجم. فكل هذه الحالات تعتبر في نظر الفقهاء من قبيل العادات، شهدت بها استعمالاتهم، وبنيت عليها الأحكام، وقد راعاها المجتهد في الاستنباط والمفتي في الجواب عما يعرض عليه من الأحداث، والقاضي عند الحكم فيما يرفع إليه من الدعاوي.(3)

المطلب الثاني : تعريف العرف.

188 - العرف في اللغة : العرف بضم العين هو في أصل اللغة بمعنى المعرفة ثم استعمل لغة بمعنى الشيء المعروف والمألوف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول،(4) وعليه قوله تعالى : ﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین﴾.

(3) العرف والعادة في رأي الفقهاء - أحمد فهمي أبو سنة ص 10.

(4) المدخل الفقهي العام : مصطفى الزرقاء 1/142.

العرف في الاصطلاح الفقهي : عرفه الشريف الجرجاني بقوله : (العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول، وهو حجة أيضا لكنه أسرع إلى الفهم). (5)

189 - وبيان هذا التعريف هو أن العرف أمر اطمأنت إليه النفوس وعرفته في قراراتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطبائع له، بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة فلفظ (ما) عام يشمل القول والفعل، وقوله (استقرت النفوس عليه) يخرج عنه ما حصل بطريق الندرة ولم يعتده الناس فإنه لا يعد عرفا، وقوله (بشهادة العقول) يخرج به ما استقر في النفوس بشهادة الأهواء والشهوات كتعاطي المسكرات واعتياد كثير من أنواع الفجور، وما استقر في النفوس بسبب حادث خاص، كتأثير الاستعمار في الشعوب المستعمرة، أو بسبب أمر اتفاقي كتفاؤل قوم من بعض الأعمال، لاقترانها مصادفة بنفع لهم فدعاهم ذلك إلى تعارف فعلها، أو تشاؤمهم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة بضرر لحقهم فجرهم ذلك إلى تعرف تركها، فهذه الأمور وإن كانت تخرج عن العرف فهي تدخل في العادة كما تقدمت الإشارة إلى ذلك وقوله (وتلقته الطبائع بالقبول) يخرج به ما أنكرته الطبائع أو بعضها فإنه نكر لا عرف.

فالناس كلهم أو أهل إقليم خاص، أو واضعوا فن خاص أو أهل صناعة خاصة، أو أهل الشرع، إذا تعارفوا عند إطلاق لفظ، أن يريدوا به معنى خاص ويفهموه إذا سمعوه، حتى استقر في نفوسهم وقبلته الطبائع السليمة فيهم، يسمى عرفا.

(5) التعريفات ص 130، وتعريف الجرجاني مأخوذ عن تعريف الغزالي في المستصفى إذ ذكر أن (العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول) وقد عرفه مصطفى الزرقاء في المدخل الفقهي العام بأنه (عادة جمهور قوم في قول أو فعل) 838/2.

وقد يعترض، كيف يقال : إن الطباع السليمة تقبل عقود الربا وإحراق الموتى ؟ والجواب على ذلك : أن الطباع السليمة ليست منبعاً للخير دائماً وليست معصومة عن القبيح، بل إن العقول تخطيء وتصيب، إنما العصمة للأديان والشرائع المنزلة من الله سبحانه وتعالى.

وقوله : (وهو حجة أيضاً) يفيد أن العرف مصدر من مصادر الفقه وقوله (لكنه أسرع إلى الفهم) يعني أن العرف يسهل إدراكه حتى لغير الفقهاء، بخلاف المصادر الأخرى، فإنه لا يستطيع إدراكها إلا المجتهدون. (6)

الفرع الثاني : تمييز العرف عما يشابهه.

يتناول هذا الفرع المطالب التالية :

المطلب الأول : النسبة بين العادة والعرف.

المطلب الثاني : الفرق بين العرف والإجماع،

المطلب الثالث : الفرق بين العرف وبين ما جرى به العمل.

المطلب الأول : النسبة بين العادة والعرف.

190 - بناء على التعريفين السابقين للعادة والعرف، تكون النسبة بين ما هو العموم والخصوص المطلق، (7) لأن العادة أعم مطلقاً والعرف أخص، إذ هو عادة مقيدة بما تلقته الطباع السليمة بالقبول، ثم إن التكرار في العرف

(6) العرف والعادة في رأي الفقهاء - لأحمد فهمي أبو سنة ص 8.

(7) أ - العموم والخصوص المطلق يكون فيه أحد اللفظين أعم مطلقاً في معناه من الآخر فيصدق على أفراد الآخر وعلى غيرها من أفراد أخرى مثل معدن ونحاس.

ب - العموم والخصوص الوجهي : يكون في أحد اللفظين أعم من الآخر من جهة، وأخص منه من جهة أخرى، بأن يكون بعض ما يصدق عليه أحدهما من أفراد عين ما يصدق عليه الآخر ويصدق كل منهما فضلاً عن ذلك على أفراد لا يصدق عليها الآخر. وذلك كالإنسان والأبيض.

ج - التساوي : يكون بين لفظين متحدين في الماصدق دون المفهوم كالناطق والقابل للتعلم الراقي.

يجب أن يكون أكثر مما في العادة، حتى تستقر النفوس عليه، وعلى القول الذي يقصر العادة على الأمر العملي تكون النسبة العموم والخصوص المطلق أيضاً، والعرف هنا هو الأعم، لأنه يشمل الأمر العملي والقولي. وأكثر الفقهاء على أن النسبة بين العرف والعادة هي المساواة، فهما وإن اختلفا من حيث المفهوم ودلالة اللفظ، فإنهما متحدان من حيث الماصدق فكل ما يصدق عليه العرف تصدق عليه العادة، لذلك نجد الفقهاء يعبرون بهما معا فيقولون العرف والعادة، وأحيانا أخرى يكتفون بأحد اللفظين العرف أو العادة، وقد صرح بأنهما بمعنى واحد السجلماسي والشاطبي والغزالي وابن عابدين وابن فرحون وغيرهم.

المطلب الثاني : الفرق بين العرف والإجماع.

191 - إن الفرق بينهما، إن الإجماع لا يكون إلا من المجتهدين في عصر من العصور ولا دخل لغيرهم فيه، أما العرف فلا يشترط فيه أهلية اجتهد ولا غيره، وإن الإجماع قد يكون في محلة نص دال على الحكم ولكنه ظني الدلالة، وأما محل العرف فليس فيه نص دال عليه.

وأن الإجماع إذا كان عمليا يوجد بفعل المجتهد مرة واحدة، وأما العرف فلا يتحقق إلا بتكرار الفعل كثيرا حتى يصير متعارفا.

ثم إن الإجماع متى تم كان ملزما للمجمعين وغيرهم، وأما العرف فقد يكون ملزما لكل إذا كان عاما وقد لا يكون ملزما للجميع إذا كان خاصا بإقليم معين.

وأن العرف يتغير، وأما الإجماع فلا يتغير إلا إذا كان مستندا إلى مصلحة تغيرت.

المطلب الثالث : الفرق بين العرف وبين ما جرى به العمل.

192 - إن أهم الفوارق بينهما هي ما يلي :

إن جريان العرف بالشئ هو فعل العامة به المرة بعد المرة من غير استناد لحكم شرعي أو قول من أقوال الفقهاء.

والعمل إنما يصدر ممن يقتدى به من الفقهاء بشروط خاصة، وهي موضوع ضوابط نظرية العمل التي نفصل بيانها.

إن العرف الصحيح يعتبر إحدى الأسس والأسباب التي يبنى عليها ما جرى به العمل، وليس هو كل الأسس والأسباب، إذ هناك أسس أخرى كالمصلحة والضرورة.

إن دور العرف قاصر على المعاملات التي لانص فيها في رأي بعض الفقهاء. وفي رأي آخر دوره محدود في بيان المقاصد والنيات ومرادات المتكلمين من ألفاظهم، ولا مجال له في وسائل العبادات، أما ما جرى به العمل فله دور في وسائل العبادات (8) كتعدد الجمعة، وتكرار آذانها واستعمال مكبرات الصوت ليستمع عدد كثير من الناس، وغير ذلك من أبواب العبادات التي تحتاج تأديتها إلى وسائل وتقنيات.

الفرع الثالث : كيف ينشأ العرف وكيف يدخل في نصوص

التشريع الإسلامي

نقسم هذا الفرع إلى مطلبين :

المطلب الأول : كيف ينشأ العرف.

المطلب الثاني : كيف يدخل العرف فيما شرعه الإسلام.

(8) رفع العتاب والملام عن قال العمل بالضعيف اختياراً حرام محمد بن قاسم القادري ص 20 - النوازل الكبرى للمهدي الوزاني 240/9.

المطلب الأول : كيف ينشأ العرف.

193 - هناك عوامل نفسية، وعوامل اجتماعية دعت إلى نشوء الأعراف والعادات، فالعوامل النفسية، يمكن تلخيصها فيما يلي :

إن كل عمل يأتيه الإنسان باختياره لا بد له من باعث يدعو إليه، وذلك الباعث إما خارجي كأمر من يشعر باحترامه، ويعتقد أن طاعته واجبة، وكظهور مصلحة من شيء أو عمل.

وإما داخلي نفسي كحب الانتقام الدافع إلى الأخذ بالثأر وكالحياء الشديد الباعث على السكوت أو التحجب.

فذلك الباعث يوجد في النفس رغبة في العمل، وميلاً إليه، فإذا أنفذ الإنسان هذه الرغبة وأتى بما مال إليه وكرره مرة بعد أخرى أصبح عادة فالذي يكون عادة هو تكرار العمل الصادر عن الميل.

ثم إن هذا العمل إذا صادفته نفوس مستعدة، تأثرت به فحاكته وقلدت فيه، إذ الجماعة مفطورة على التقليد فيما تهوى وتحب، مطبوعة على الاقتداء بما تستهديه في شؤونها لاعتقاد الكمال فيه، وتلك المحاكاة قد تكون سريعة، وقد تكون بطيئة، بحسب شدة الحاجة إلى العمل، وقوة محبته وضعفها، فإذا تكررت تلك المحاكاة وانتشرت بين معظم الناس، يتكون عندئذ العرف الذي هو في الحقيقة عادة الجماعة. فالأطوار التي يمر بها هي: الميل، فالعمل، فالتقليد، فالتكرار، وهذه المراحل كما تجري في الأفعال تجري كذلك في الأقوال.(9)

194 - أما العوامل الاجتماعية التي دعت إلى نشوء العادات والأعراف فنذكرها فيما يلي:

(9) العرف والعادة في رأي الفقهاء - لأحمد فهمي أبو سنة ص 13 - 14 - أصول القانون : د. ادريس العلوي العبدلاوي 1/576.

إن الإنسان مدني بطبعه محتاج إلى أن يوجد في مجتمع يعاونهم ويعاونونه، ويكون في حاجتهم ويكونون في حاجته، لهذا عندما تكونت الجماعات الفطرية ودخل أعضاؤها في علاقات متقابلة ونشأت بينهم روابط ومصالح قامت الحاجة إلى تنظيم هذه العلاقات والعمل على إيجاد الانسجام بين تلك المصالح، فكانوا يوجدون لكل حالة حلا أو قاعدة تجري عاداتهم بعد ذلك على اتباع ذلك الحل أو تلك القاعدة، مدفوعين إلى ذلك بالعوامل النفسانية السابقة. (10)

وبالإضافة إلى داعي الحاجة الذي يختلف باختلاف البيئات الاجتماعية تنشأ العادات والأعراف أيضا بأمر الحكام كبعض الاحتفالات الدينية والوطنية.

وكثير من العادات تكون وراثية عن الأسلاف دون أن تدعو إليها حاجة حقيقية كعيد العنصرة والاحتفال برأس السنة الفلاحية في المغرب ربما يكون ذلك موروثا عن العصر الرومي في المغرب، وكالاحتفال المبالغ فيه يوم عاشوراء في بعض مدن المغرب، ربما يكون ذلك موروثا عن أمويي الأندلس. ومن الحاجات الاجتماعية الأولى التي اعترضت المجتمعات هي طرق التفاهم والتعبير، لهذا فقد توصلوا إلى عادات وأعراف في هذا المجال، فاستعملوا النصب والإشارات وغير ذلك من الأمور الحسية لكن هذه العادات كانت عسيرة وبطيئة ثم لا يمكن استعمالها في الأمور العقلية، لهذا التجأوا إلى طرق التعبير بالألفاظ، بإرشاد الله سبحانه وتعالى.

ثم بتقدم حضارة الإنسان في الصناعات والعلوم يصبح التعبير باللغة العامة الأصلية عن تلك الصناعات والعلوم أمرا عسيرا وطويلا ومورثا للاشتباه والاختلاط، لذلك لجأ أهل الحرف أو العلوم، والأديان إلى استعمال ألفاظ خاصة يصطلحون عليها، بطريق الوضع المبتدأ، أو بطريق التداول

(10) دروس في أصول القانون الوضعي - د. محمد طلعت الغنيمي ص 122.

المتكرر، للدلالة على معان وأشياء تفهم بسهولة من هذه الألفاظ الاصطلاحية التي لا يقوم مقامها في الدلالة إلا شرح طويل. (11)

وكثيرا ما يكون أصل الألفاظ العرفية مجازات لغوية، لا تنصرف إلى المراد إلا بقرينة ثم يتكرر استعمالها فتصير مجازات مشهورة، ثم يزداد شيوع الاستعمال حتى يفهم منها المراد من غير قرينة، وتهجر معانيها الأصلية حتى لاتفهم منها إلا بقرينة وعند هذا ينعكس الأمر، فما كان مجازا لغويا يصبح حقيقة عرفية، وما كان حقيقة لغوية يصبح مجازا عرفيا.

المطلب الثاني : كيف يدخل العرف فيما شرعه الإسلام.

195 - يتسرب العرف إلى النصوص الشرعية من عدة طرق، من ذلك أن بعض النصوص تأتي فتقر العرف العربي زمن الرسول ﷺ، فتثبتته في عبارتها أو دلالتها، وأكثر هذا وقع في السنة التقريرية، وذلك أن الرسول ﷺ أقر برضاه الضمني والذي يستنتج من سكوته، كثيرا من الأعراف والعادات دون أن يعترض عليها، أو يمنعها، فهذه العادات القديمة أصبحت جزءا من العادات الإسلامية، ودخلت في التشريع الإسلامي من باب السنة التقريرية. وكذلك دخل العرف في اجتهاد الفقهاء في كل المسائل التي لم يوجد نص يمنعها أو يخالفها، مثلا اعتبر الإمام مالك بعض أعمال أهل المدينة التي نشأت عن عرف حكما شرعيا عند عدم النص.

هذا بخصوص العادات العربية القديمة، أما العادات الجديدة التي وجدها المسلمون في فتفوحاتهم الواسعة، أو التي حدثت في العصور اللاحقة فإنها دخلت أيضا في التشريع الإسلامي عند عدم النص المخالف، دخلت من باب إجماع الفقهاء أو من باب تطبيق القياس أو من أبواب الاستحسان أو المصالح المرسلة أو غير ذلك، من الأدلة. (12)

(11) المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقاء 2/ 832 وما بعدها.

(12) مقدمة إحياء علوم الشريعة - د. صبحي الحمصاني ص 74.

الفرع الرابع : تقسيم العرف ومجالاته

196 - نبحت هذا الفرع في مطلبين :

المطلب الأول : تقسيم العرف.

المطلب الثاني : مجالات العرف.

المطلب الأول : تقسيم العرف.

ينقسم العرف إلى عدة تقسيمات نعرض أهمها :

أولاً : تقسيمه إلى قولي - وعملي.

أ - العرف القولي :

197 - هو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق، بلا قرينة ولا علاقة عقلية، كلفظ - القسم - يطلق على حجرة الدراسة، وكلفظ (البيت) يطلق في بعض البلدان بمعنى الغرفة وفي بعضها يطلق بمعنى الدار بجملتها.

ب - العرف العملي :

198 - هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية. والمراد بالأفعال العادية أفعال الناس الشخصية كطرق الأكل والشرب واللباس ونحو ذلك. والمراد بالمعاملات المدنية التصرفات التي يقصد منها إنشاء علاقات شرعية أو تصفيتها أو إنهاؤها كإنشاء البيع بطريق المعاوضة.

ثانيا : تقسيمه إلى عام، وخاص، وشرعي :

أ - العرف العام :

199 - هو الذي يشترك فيه عامة أهل البلاد على اختلاف بيئاتهم وثقافتهم ومستوياتهم، كالتعارف على استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية والتعارف على أن دخول المساجد بالأحذية تحقير لها.

ب - العرف الخاص :

200 - هو الذي يصدر عن فئة من الناس تجمعهم وحدة من زمان معين أو مكان كذلك، أو مهنة خاصة أو فن، وهذا العرف الخاص متنوع، كثير متجدد لا تحصى صوره ولا تقف عند حد، لأن مصالح الناس وعلاقاتهم متجددة دائما، وذلك كأعراف أصحاب المهن والتجار فيما يعتبر عيبا ينقص الثمن في البضاعة المصنوعة أو المبيعة، أو لا يعتبر عيبا.

ج - العرف الشرعي :

201 - هو اللفظ الذي استعمله الشرع مريدا به معنى خاصا مثل المنقولات الشرعية كالصلاة، نقلت عن الدعاء إلى العبادة المخصوصة، والحج نقل من القصد إلى زيارة الكعبة في أشهر معلومة والواقع أن العرف الشرعي من العرف الخاص لكنه أفرد بالاسم لشرفه والتنويه به. (13)

(13) وهناك تقسيمات أخرى للعرف كتقسيمه إلى مقرر للمعنى اللغوي وقاض عليه فالمقرر ما طابق معناه المعنى اللغوي، والقاضي ما غيره بتخصيص أو تقييد أو إبطال - انظر العرف والعادة في رأي الفقهاء - لأحمد فهمي أبي سنة ص 21. وكتقسيمه إلى صحيح وهو ما ليس فيه مخالفة للنص ولا تفويت لمصلحة ولا جلب لمفسدة، وإلى فاسد وهو ما فيه مخالفة للشرع - انظر الأصول العامة للفقهاء المقارن - محمد تقي الحكيم ص 421. وقد ذكرنا في باب ارتباط العمل بالظروف الزمانية والمكانية تقسيما للعادة حسب طريقة أبي إسحاق الشاطبي.

المطلب الثاني : مجالات العرف.

202 - إن المجالات التي يستعمل فيها العرف هي التالية :

- 1 - ما يستخرج منه حكم شرعي فيما لانص فيه.
- 2 - ما يرجع إليه لبيان بعض المفاهيم التي أوكل الشارع أمر تحديدها إلى العرف كبيان معنى الفقير الذي تعطى له الزكاة ومعنى الصعيد في التيمم.
- 3 - المجال الذي يرجع إليه لبيان مرادات المتكلمين عندما يطلقون الألفاظ سواء كان المتكلم هو الشارع أم غيره، فيشمل هذا القسم مرادات المتكلمين في أبواب الإقرارات والوصايا والشروط والوقف وغيرها إذا استعملت بألفاظ لها دلالتها العرفية.

الفرع الخامس : حجية العرف.

- 203 - ندرس هذه الحجية بصفة عامة (مطلب أول).
وندرسها بصفة خاصة في المذهب الحنفي والمذهب المالكي (مطلب ثان).

المطلب الأول : حجية العرف بصفة عامة.

نبين هذه الحجية بالنسبة إلى المجالات السابقة.
وقد استدل لحجية العرف بالكتاب والسنة.

أما الكتاب :

- 204 - فقوله تعالى في سورة الأعراف : ﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین﴾ (14) وقد استدل بها لهذا الغرض القرآني في

(14) آية 199.

الفروق،(15) وتبعه ابن عابدين في رسالته نشر العرف،(16) وهذا الاستدلال مبني على أن المراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس وما جرى تعاملهم به، فحيث أمر الله نبيه ﷺ بالأمر بالعرف دل ذلك على اعتباره في الشرع، وإلا لما كان للأمر به فائدة. وهناك من فسر العرف في الآية بما هو أعم أي بكل خصلة حسنة وبتفاسير أخرى.(17) واستدل أيضا على حجية العرف بقوله تعالى في سورة النساء : ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ، وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾.(18)

قال ابن حجر العسقلاني : (المراد في الآية حوالة والي اليتيم في أكله من ماله على العرف).(19)

أما السنة :

205 - فقوله ﷺ : (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)(20) استدل به السيوطي الشافعي في كتابه الأشباه والنظائر(21)

(15) ج 3 ص 149.

(16) مجموعة الرسائل 115/2.

(17) تفسير القرطبي 346/7.

(18) آية 6.

(19) فتح الباري 312/5.

(20) الحديث رواه أحمد في كتاب السنة وفي المسند، قال السخاوي في المقاصد الحسنة : ووه من عزاه للمسند وتبعه في هذا مختصر كتابه ابن عمر الشيباني، وكذلك محشي الأشباه والنظائر للسيوطي، وقال عبد الله بن الصديق بل هو في المسند أيضا، ويستفاد هذا من السيوطي بسكوته عنه، والحديث موقوف على ابن مسعود، وأخرجه أيضا البزار والطبراني وأبو نعيم، وقالوا إن الحديث حسن - المقاصد الحسنة ص 367 - تمييز الطيب من الخبيث ص 146 - حاشية أشباه السيوطي لعلي مالكي ص 81 وقد نسب الحديث إلى النبي ﷺ العيني في شرح الهداية والفخر الرازي في كتاب التفسير الكبير (العرف والعادة لأبي سنة ص 24).

(21) ص 80.

وابن نجيم الحنفي في أشباهه أيضا، (22) وكثير من الفقهاء الذين جاءوا بعدهما.

ومعنى الحديث أن كل ما رآه المسلمون بعقولهم من العادات وغيرها مستحسننا فهو حسن عند الله، يقبل ويعتد به، ووجه أخذ اعتبار العرف من الحديث أنه إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسننا قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه، لأن الله لا يحكم بحسن الباطل، فإذا كان العرف من أفراد ما استحسنه المسلمون كان محكوما بحقيقته واعتباره.

ومما يستدل به من الأحاديث ما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : قالت هند أم معاوية لرسول الله ﷺ : إن أبا سفيان رجل شحيح فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرا ؟ قال : خذي أنت وبنوك ما يكفيك (المعروف) قال الشراح : أحالها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي وهذا يدل على أن العرف عمل جار. (23)

وقد عقد البخاري في صحيحه ترجمة قال فيها : (باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، وقال شريح للغزاليين : سنتكم بينكم) (24) قال الشراح : مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف، وقالوا أيضا: إن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي يبني عليها الفقه، فيرجع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية كالكثافة في اللحية ونادرها وكثرة الكلام وقلته في الصلاة، والكفاء في النكاح والمؤونة والنفقة والكسوة والسكنى، وما يليق بحال الشخص من ذلك، ويرجع إليه في المقادير كالحيض والطمهر وسن اليأس وأكثر مدة الحمل، (25) ويرجع إليه

(22) ص 93.

(23) فتح الباري لابن حجر 312/5 - عمدة القاري للعيني 16/12 - 17.

(24) صحيح البخاري بهامش فتح الباري 310/5.

(25) هذه الأمور كان يرجع فيها في الماضي إلى العرف أما اليوم فيرجع فيها الخبراء في الطب.

في فعل غير منضبط تترتب عليه الأحكام، كإحياء الموات والإذن في الضيافة، ودخول بيت قريب وتبسط مع صديق، وما يعد قبضا وإيداعا وهدية وغصبا وحفظ وديعة، وانتفاعا بعارية، ويرجع إليه في تخصيص ألفاظ اليمين، وفي الوقف والوصية والتفويض ومقادير المكايل والموازين والنقود وغير ذلك. (26)

206 - وإذا كان اعتبار العرف في الأحكام قال به معظم الفقهاء، فإن تحديد مداه والمجالات التي يمكن أن يحكمها، قد اختلف فيها، فهناك من ضيق من نطاقه وحدد من مجالاته، وقال : إن العرف مصدر متمم غير مستقل بمفرده، وهناك من وسع في مجالات العرف وقال : إنه مصدر مستقل تستنبط منه الأحكام وترجح كما تستنبط وترجح بالمصادر الأخرى، كالمصلحة المرسله والاستحسان والقياس، ونفصل هذين الرأيين في المطلب الثاني.

المطلب الثاني : حجية العرف في المذهب الحنفي والمذهب المالكي.

207 - ذهب الجمهور من المالكية والحنفية إلى أن العرف أصل من أصول الاستنباط يعني أنه دليل حيث لا يوجد نص من كتاب أو سنة، وأن مجاله واسع.

أما الشافعية فلا يأخذون بالعرف إلا إذا أرشد إليه نص شرعي فالعرف عندهم ليس مصدرا مستقلا. (27)

أقوال الحنفية في حجية العرف :

208 - قال ابن عابدين في رسالة رسم المفتي ورسالة نشر العرف: (28)

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

(26) فتح الباري بشرح البخاري لابن حجر 5/310.

(27) مالك لأبي زهرة ص 421.

(28) مجموعة الرسائل 1/44 و 2/114.

وقال البيري في شرح الأشباه والنظائر : (الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي) وفي المبسوط للسرخسي : (الثابت بالعرف كالثابت بالنص)(29) وفي المجلة العدلية العثمانية في الفقه الحنفي قواعد كلية عامة تؤكد حجية العرف ومجالاته، فمن ذلك : (العادة محكمة) مادة 36.
(استعمال الناس حجة يجب العمل بها) مادة 37.
(المعروف عرفا كالمشروط شرطا) مادة 43.
(المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) مادة 44.

حجية العرف في المذهب المالكي :

209 - إن المذهب المالكي أكثر المذاهب أخذًا بالعرف، إذ يفوق حتى المذهب الحنفي، وذلك لأن المذهب المالكي اعتمد مصدر المصالح المرسلة التي كثيرا ما تقر الأعراف لما فيها من مصلحة، واعتمد أيضا عمل أهل المدينة الذي هو في كثير منه، أعراف تلك المدينة التجارية.
وقد بين أبو إسحاق الشاطبي أوجه اعتبار العرف في كونه مصدرا في استنباط الأحكام أو في الترجيح بينها، فذكر عدة أوجه منها :

1 - إن العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية، أي سواء كانت مقررة بالدليل أمرا أو نهيا أو إذنا أم لا. أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر، وأما غيرها فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك.

2 - إن ورود التكاليف بميزان واحد في الخلق يدل على أن الشارع اعتبر العادات المطردة فيهم.

3 - لما وقع القطع بأن الشارع جاء باعتبار المصالح، لزم القطع بأنه لا بد من اعتباره العوائد، لأنه إذا كان التشريع يجري على ميزان واحد، دل

(29) أبو حنيفة لأبي زهرة ص 351.

على جريان المصالح على ذلك. لأن أصل التشريع سبب المصالح، والتشريع دائم، فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع.

4 - إن العوائد لو لم تعتبر لأدى ذلك إلى تكليف بما لا يطاق وهو غير جائز أو غير واقع). (30)

وقد جاء في أحكام القرآن لابن العربي في شأن أهمية العرف : (إن ما جرى به العرف فهو كالشرط، حسبما بيناه في أصول الفقه من أن العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام). (31)

بعد هذه الاستدلالات الأصولية نرجع لبيان المجالات التي يستعمل فيها العرف في المذهب المالكي.

210 - ذهب جمهور المالكية إلى أن العرف يستعمل في المجالات التي ذكرناها سابقا ونجملها فيما يلي :

1 - يستعمل في بيان المفاهيم التي أوكل الشارع أمر تحديدها إلى العرف.

2 - يرجع إليه في بيان المقاصد والنيات ومرادات المتكلمين.

3 - يرجع إليه لترجيح بعض الأقوال في المسألة المختلف فيها.

4 - يرجع إليه في استخراج حكم شرعي فيما لانص فيه من الشارع.

وذهب فريق من المالكية منهم عبد القادر الفاسي (32) إلى التضييق في استعمال العرف، فقالوا إن قول الفقهاء (الأحكام تجري على العرف والعادة) ليس عاما في كل شيء، وإنما هو في مقاصد الناس ونيتهم وجري أفاضلهم في أيمانهم وأحباسهم.

ورد على هذا الفريق المهدي الوزاني (33) فذكر أن العرف على قسمين :

(30) الموافقات 2/ 286 وما بعدها.

(31) القسم الرابع ص 1828 - الطبعة الثانية بتحقيق البجاوي.

(32) في فتوى له نقلت في نوازل العلمي 1/ 247.

(33) تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس - للمهدي الوزاني 1/ 196.

تارة يرجح به القول ولو ضعيفا إذا كان موافقا له، كما في قول الزقاقة:

فإن قيل أن البعض مما نقلته

ضعيف نعم، لكن على العرف عولا

وتارة يبني عليه الحكم كالاختلاف في متاع البيت إذا شهد العرف أنه لأحد الزوجين، وقال ناظم عمل فاس :

(عمل فاس يتبع الأعراف).

وعلى هذا فلا وجه لقصر العرف على بيان المقاصد والنيات، بل يحكم به ولو خالف مقصودهم.

الفرع السادس : تطبيقات العرف في المذهب المالكي، في الحقوق العرفية العقارية

211 - إن أحكام ما جرى به العمل هي المجال الرئيسي لاستعمالات العرف وتطبيقاته، فنبحث في هذا الفرع بعض مسائل العمل التي بنيت على العرف والعادة فنبحث حقوق القرار على العقارات أو الحقوق العرفية الإسلامية حسب تعبير القانون العقاري المغربي، وتلك الحقوق هي:

الجلسة، الجزاء والاستيجار، الزينة، المفتاح. ونقسم هذا الفرع إلى مطلبين:

المطلب الأول : التعريف بالحقوق العرفية العقارية.

المطلب الثاني : الظروف التي نشأت فيها الحقوق العرفية العقارية وما دار حولها من خلاف.

المطلب الأول : التعريف بالحقوق العرفية العقارية.

212 - كثير من أصحاب الفتاوي المنقولة في كتب النوازل لم يميزوا بين هذه الحقوق وذلك لأن الأحكام المطبقة عليها تكاد تكون موحدة، ومع ذلك فإن هناك اختلافات بين تلك الحقوق، ولا سيما من حيث العناصر التي يتكون كل واحد منها، وكذلك من حيث الأشياء التي تنسحب عليها ونذكر فيما يلي أهم التعاريف التي تميز كل واحد من تلك الحقوق.

الجلسة :

213 - تقام على العقارات التي تكون لغرض الجلوس (كالحوانيت) أي المحلات الحرفية والصناعية والتجارية، وهي عبارة عن كراء المحل إلى شخص لمدة معينة فإذا انقضت جددت وهكذا على التأبيد نصاً أو عادة، ويتصرف مالك الجلسة في حقه بمقابل أو بغيره ويورث عنه، ويبقى لمالك الأصل كراء المثل. (34)

الجزاء والاستيجار :

214 - يطلق على كراء نوع معين من العقارات، هو الأراضي الفضاء والحقول بقصد الغرس أو البناء عليها، على أن يدفع صاحب الجزاء لمالك الأصل قدراً معيناً في كل سنة، وذلك على التبقية والدوام، وغالباً ما يكون مالك الأصل هو الحبس، ويجوز لصاحب الجزاء أن يتصرف في حقه بعوض أو بغير عوض، ويورث عنه. (35)

(34) من فتوى للشيخ ميارة في الأجوبة الكبرى لعبد القادر الفاسي ص 294 - النوازل الكبرى للمهدي الوزاني 124/8.

(35) المرجع السابق 145/8.

- أصول القانون المدني. د. محي الدين إسماعيل علم الدين 317/3 عن ديكره فقرة 710 ص 426.

مميزات الجلسة عن الجزاء :

215 - أهم ما يميز الجلسة عن الجزاء هو أن ما يكتري في الجلسة محل مبني كالحانوت، وما يكتري في الجزاء هو أرض فضاء تحتاج إلى إصلاح كي تستغل فيعمرها المكثري بالبناء أو الغرس، فالجلسة كراء مجرد بينما الجزاء ليس كراء مجردا بل كراء من أجل التعمير بالبناء واستصلاح الأرض وغرسها، فالجلسة كراء المحل لوضع مواعين الخدمة وآلتها والجزاء كراء أرض للغرس أو البناء.

الزينة :

216 - قد أخلف فيها هل هي الجلسة أم المفتاح أم شيء آخر، ونذكر قول من ميزها عن الجلسة والمفتاح.

فقد جاء في النوازل الكبرى للمهدي الوزاني : (أن الزينة عبارة عما يزين به الشخص المحل من جبص وخشب وباب ومساطير وقفل ومفتاح ونحو ذلك، على أنه كلما خلقت هذه الأمور جردها من ماله الخاص به، ولازمها ملك الاختصاص بالمحل بكرائه المعتاد فهي عبارة عن الملزوم باعتبار لازمته). (36)

وقد عرف دارسوا الفقه الإسلامي المغربي من الأوروبيين كديكروا وبيروني(37) حق الزينة بأنه : كراء مستمر لأرض غير ذات بناء تكون مملوكة للدولة، فيقيم فيها مستأجرها مباني وتحسينات، فيصبح هذا التحسين حقا عينيا هو حق الزينة.

(36) النوازل الكبرى 7/337.

(37) ديكرو في أصول القانون المدني د. محي الدين إسماعيل علم الدين 3/318، وبيروني في المجلة المغربية للقوانين والمذاهب والأحكام الإهلية العدد 8 ص 33 عام 1938.

المفتاح :

217 - ورد تعريفه في النوازل الكبرى للمهدي الوزاني بأنه : هو أن يتخلى شخص، عما يملك منفعة بمال يقبضه من المتخلي له، كمن كانت بيده وظيفة مثلا وتخلي عنها لغيره بمال قبضه منه لذلك، (38) والمفتاح بهذا المعنى أي مجموعة المنافع والوظائف التي يمكن التصرف فيها والتخلي عنها بعوض أو بغيره، يشبه ما يعرف في القانون التجاري بالمحل التجاري، الذي عرفوه بأنه : (مجموعة من الأموال المعنوية والمادية تكون للمتجر وحدة قانونية مستقلة معدة للاستغلال التجاري). (39)

218 - والجدير بالذكر أن بعض البلدان الإسلامية كتونس ومصر جرت فيها أيضا مثل هذه الحقوق بأسماء تختلف عن الأسماء المغربية، ففي مصر يطلق الحكر على ما يشبه الجزاء والاستيجار في المغرب، وفي تونس يسمى مثل هذا بالإنزال والكردار، وعندهم ما يشبه الجلسة والمفتاح فيسمونه بالخلو.

المطلب الثاني : الظروف التي نشأت فيها الحقوق العرفية العقارية وما دار حولها من خلاف.

219 - نشأت هذه الحقوق نتيجة نظام الوقف، الذي لا يسمح بتفويت الشيء المحبس، وغالبا ما يكون ذلك الشيء عقارات غير مستصلحة أو رباغ مخربة أو مهملة، فلا يستطيع الوقف أن يصلحها، ثم نظرا لما هناك من قيود كثيرة على إيجار الأوقاف لمدة طويلة، جعل الناس لايقبلون على إيجار

(38) 145/8.

(39) دراسات في القانون التجاري المغربي د. علي العبيدي ص 184.

الوقف لمدة قصيرة، لأنهم سيغامرون بالكثير من أموالهم لإصلاح العين الموقوفة التي سيخرجون منها بعد مدة قصيرة بدون طائل، من أجل هذا نشأت الحقوق العرفية العقارية من جلسة وجزاء ثم زينة ومفتاح، فجرت كأعراف بين الناس لحل مشكلة الوقف، بحيث يأخذ صاحب الوقف أجرة زهيدة حتى لا تنقطع صلته بالعين الموقوفة، ويقوم صاحب الجزاء أو الجلسة أو الزينة بإصلاح العين ثم استغلالها بعد ذلك، فيسترد ما دفع من نفقات كبيرة على المدى الطويل.(40)

220 - وقد أقر بعض الفقهاء هذه الأعراف فدخلت في أحكام ما جرى به العمل فأفتى بذلك فقهاء الأندلس كابن سراج وابن منظور(41) ثم فقهاء المغرب كأبي القاسم التازغدي(42) وفقهاء مصر كناصر الدين اللقاني وهناك جماعة من الفقهاء كأحمد بن جلال وعبد الواحد بن عاشر وأحمد المقرئ وغيرهم، تعارض هذه الحقوق العرفية، ولا تقر العمل بها وتقول : (إنه لا أصل لها في الشريعة، ولا جرى لها ذكر للأقدمين أراح الله الناس والأحباس من بدعتها فإنها من الباطل المضاد لنصوص الشرع، وقد نظم بعض الفقهاء هذا الاعتراض فقال:

والجلسة التي جرت بفاس

لدا الحوانيت بلا التباس

(40) محاضرات في الحقوق العينية في الفقه الإسلامي - عبد الواحد العلوي ص 21 طبعة (ستانسيل).

- الوسيط في شرح القانون المدني - د. عبد الرزاق السنهوري 6/1436.

(41) فتوى ابن منظور في معيار الوشريسي 30/5.

(42) فتوى التازغدي في معيار الوشريسي 6/145.

الوشريسي أحمد بن يحيى التمساني ثم القاسي أخذ عن أبي الفضل العقباني وولده أبي سالم، وأبي عبد الله الجلاب وابن مرزوق الكفيف، وعنه ابنه عبد الواحد وأبو زكريا السوسي وابن هارون، ألف المعيار، وله تعليق على ابن الحاجب الفرعي وشرح على وثائق الفشتالي، وكتاب القواعد في الفقه والفائق في الوثائق، توفي سنة 914 (شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمخلوف ص 274. والفكر السامي للجوي 4/99.

ليس لها في الشرع أصل يعلم

ولا قياس قاله من يفهم (43)

221 - والفقهاء الذين قالوا بجواز هذه الحقوق العرفية يعللون رأيهم

بدليلين:

الأول : إن هذه الحقوق ليست خارجة عن الشريعة، بل قابلة للاندراج تحت أدلتها، وذلك أن ما ذكر من الحقوق العرفية إنما هو المنفعة المتملكة بعقدة الكراء، ولا فرق في ذلك بين الحوانيت والأراضي الفضاء وغيرها، إذا كل منها عقد كراء وإن كانت المدة مختلفة، لكن القاعدة أن من ملك منفعة فله التصرف فيها بنفسه أو يولي غيره قال القرافي، في الفرق الثلاثين : (تمليك الانتفاع أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة أعم، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالأجرة وبغير عوض كالعارية) فحاصله أن تملك المنفعة يلزمه صحة البيع أو الهبة أو الإجارة لها والميراث بخلاف الانتفاع لأنه مقصور على ذات معينة فلا يتعدها إلى غيرها، وكون المنفعة المتملكة مناطا للعقد ومحلا لجواز المعاوضات والتبرعات فيما مر لأنواع فيه، ولا يحتاج إلى استظهار واستدلال. (44)

الدليل الثاني :

وهو أن الأحكام الشرعية التي لا ترد بصيغة الأمر والنهي وإنما ترد بقواعد تنظيمية للحقوق الفردية، أي ما يعرف بالقواعد المكملة والمفسرة، فإنه يجوز لأصحاب الحقوق المتعلقة بها أن يخالفوها، وقد قال الفقهاء : إن كل حق لربه إسقاطه بعد ثبوته، فإن العرف يدخله، ويقوم مقام

(43) شرح السجلماسي على العمل الفاسي 356/1

- النوازل الكبرى للوزاني 88/8.

(44) هذا الرأي للفقهاء شقرون بن هبة الله التلمساني، منقول في الأجوبة الكبرى لعبد القادر الفاسي

ص 296 - والنوازل الكبرى للمهدي للوزاني 88/8.

الإسقاط، إذ العرف كالشرط فكل ما يدخله الشرط يدخله العرف، وعليه فإن تلك الحقوق العرفية لا تعتبر معارضة لقواعد الإيجار، لأن قواعد الإيجار ما هي إلا قواعد مكملة ومفسرة يجوز التنازل عنها أو إسقاطها، إما نصاً أو عرفاً، إن أحكام هذه الحقوق العرفية لا تعتبر مخالفة للشريعة الإسلامية، لأنه ليس هناك نص صريح يمنع التعامل بها، كل ما هناك أن الفقهاء القدماء لم ينظموا جزئيات هذه المعاملات، على أن الأصول العامة الكلية للشريعة تقبل اندراج هذه المعاملات تحتها.

الفصل الثاني

المصلحة

ندرس هذا الفصل في الفروع التالية :

الفرع الأول : التعريف بالمصلحة، والتفريق بينها وبين كل من الحكمة والعلة.

الفرع الثاني : مراعاة الشريعة للمصالح.

الفرع الثالث : مراتب المصالح.

الفرع الرابع : أنواع المصالح من حيث نظرة الشارع إليها.

الفرع الخامس : حجية المصالح المرسلة وموقف الفقهاء منها.

الفرع السادس : نظرية المذهب المالكي في المصلحة المرسلة.

الفرع السابع : دراسة تطبيقية للمصلحة في بيع الصفقة.

الفرع الأول : التعريف بالمصلحة والتفريق بينها وبين كل من الحكمة والعلة.

نقسم هذا الفرع إلى مطلبين :

المطلب الأول : التعريف بالمصلحة.

المطلب الثاني : التفريق بين المصلحة وبين كل من الحكمة والعلة.

المطلب الأول : التعريف بالمصلحة.

222 - المصلحة عند اللغويين كالمنفعة وزنا ومعنى، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع، أو هي اسم للواحدة من المصالح، وقد صرح صاحب لسان العرب بالوجهين فقال : (والمصلحة الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح)(45) أما عند علماء الصرف والنحو : فإنهم قد ذكروا أن المصلحة مفعلة من الصلاح بمعنى حسن الحال، وإن صيغة (مفعلة) هذه تستعمل لمكان ماكثر فيه الشيء المشتقة منه، فالمصلحة عندهم إذا شيء فيه صلاح قوي.(46)

223 - وللأصوليين في تعريف المصلحة وتعيين المقصود بها أقوال : فقد ذكر عضد الملة والدين في شرح المختصر الأصولي لابن الحاجب بأن (المصلحة اللذة ووسيلتها، والمفسدة الألم ووسيلته وكلاهما نفسي وبدني وديني وأخروي، لأن العاقل إذا خير اختار المصلحة ودفع المفسدة).(47) وعرفها الشيخ محمد الطاهر بن عاشور (بأنها وصف للفعل يحصل به الصلاح أي النفع منه دائماً وغالباً للجمهور أو للأحاد)(48) فقوله دائماً يشير إلى المصلحة المطردة، وقوله غالباً يشير إلى المصلحة الراجعة في غالب الأحوال، وقوله للجمهور أو للأحاد إشارة إلى أنها قسمان : مصلحة عامة فيها صلاح عموم الأمة أو الجمهور بصرف النظر عن حصول النفع للأفراد من حيث إنهم أجزاء من مجموع الأمة. ومصلحة خاصة وهي ما فيه نفع للأفراد باعتبار صدور الأفعال من أحادهم ليحصل بإصلاحهم صلاح المجتمع المتركب من الأفراد.

(45) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص 23 د. محمد سعيد رمضان البوطي.

(46) مقاصد الشريعة الإسلامية محمد الطاهر بن عاشور - ص 66.

(47) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب الأصولي ص 393 مطبعة حسن حلمي بالاستانة 1307.

(48) مقاصد الشريعة الإسلامية ص 66 - الطبعة الأولى بتونس.

وقد وضع عز الدين بن عبد السلام ضابطا للتعرف على المصلحة فقال: (ومن أراد أن يعرف المتناسبات والمصالح والمفاسد، راجحها ومرجوحها، فليعرض ذلك على عقله بتقدير أن الشرع لم يرد به، ثم يبني عليه الأحكام، فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده، ولم يقفهم على مصلحته أو مفسدته). (49)

ثم يعرف المصالح والمفاسد إذ يقول: (المصالح أربعة أنواع: اللذات وأسبابها، والأفراح وأسبابها، والمفاسد أربعة أنواع: الآلام وأسبابها والغموم وأسبابها). (50)

ويذكر الغزالي للمصلحة تعريفين فيقول: (أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة) غير أنه يقول بعد هذا: (ولسنا نعني بها ذلك، فإن جلب المنفعة، ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصالح الخلق في تحصيل مقاصدهم، ولكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة). (51)

وسبب تفريق الغزالي بين المعنى الأصلي للمصلحة كما قرره، والمعنى الذي قال إنه يعنيه بها، هو أن الإنسان قد يعد أمرا فيه مصلحة له، لكن الشرع لا يعتبر ذلك مصلحة له، لأن قصور العقل الإنساني وتأثره بالشهوات قد لا يدرك حقيقة المصلحة التي فيها المحافظة على الأصول الخمسة.

(49) قواعد الأحكام في مصالح الأنام 10/1 الناشر مكتبة الكليات الأزهرية عام 1968.

(50) المرجع السابق 12-11/1.

(51) المستصفى 139/1 - 140 مطبعة مصطفى محمد المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة 1937.

224 - ويستخلص من التعاريف السابقة الحقائق التالية :

أولاً : إن المصلحة كيفما عرفت ليست هي الهوى أو الشهوة أو الغرض الشخصي يؤكد ذلك الغزالي إذ يقرر أنها هي المحافظة على مقصود الشرع.

ثانياً : إن دفع المفسدة كجلب المنفعة، كلاهما تشمله كلمة المصلحة لأن المحافظة على الأصول الخمسة يكون بجلب المنافع ودفع المفساد.

ثالثاً : إن كل مصلحة تحافظ على الأصول الخمسة، فإنها تظفر برعاية الشارع.

المطلب الثاني : التفريق بين المصلحة وبين كل من الحكمة والعلة.

225 - أما المصلحة فقد أوردنا فيها عدة تعريفات بعضها مكمل لبعض، منها أنها المحافظة على مقصود الشرع، وأما العلة (52) فقد عرفها الأصليون بعدة تعريفات :

1 - إنها هي الباعث على الحكم، أي الوصف المشتمل على حكمة صالحة بأن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم من جلب مصلحة أو تكميلها أو دفع مفسدة أو تقليلها، والله سبحانه وتعالى لم يشرع ذلك الحكم من أجل تلك المصلحة، وذلك حتى لا تكون المصلحة غرضاً وباعثاً، لأن أفعال الله تعالى منزهة عن الأغراض لاستدعائها الاستكمال بالغير، بل ذلك يعني أن تلك المصلحة ترتبت على شرعه مع إرادة الشارع ترتبها عليه، لمجرد منفعة الخلق.

(52) أما العلة في اللغة فهي :

أ - الداعي إلى الشيء يقال علة الأكرام، الصدقة.

ب - المرض : يقال فلان عليل أي مريض.

ج - التكرار ومنه العلل للشرب من بعد نهل. وفي اصطلاح المتكلمين : ما اقتضى حكماً لمن قام به، كالعلم علة للعالمية والقدرة على القادرية - نشر البنود على مراقبي السعود 310/2 طبعة فاس الحجرية، ودروس أصول الفقه لأستاذنا العربي الشامي بكلية الشريعة بفاس مخطوط خاص.

وقد ذكر بعض الأصوليين أن المعلل هو فعل (53) المكلف لا حكم الله تعالى، فليس له تعالى مصلحة في شرح حكم، ولا دفع مفسدة عنه، وما ورد مما يخالف ذلك كقوله تعالى : ﴿وما خلقت الجن والانس إلا ليعبدون﴾. (54)

وكقوله : ﴿إنما نملي لهم ليزدادوا إثما ولهم عذاب مهين﴾ (55) محمول على اشتغال الأفعال على المصالح التي تعود على العباد، دون الغرض له تعالى ومعنى قول الفقهاء : (إن أحكام الله تعالى تابعة للمصالح) ارتباطها بالمصالح، لا أنها تابعة لها في الوجود، لذا كان الأولى في العبارة أن يقال: إن أحكام الله منوطة بالمصالح أو مرتبطة بها، بدل قولهم تابعة للمصالح. وتعريف العلة بما تقدم هو مذهب الأمدي وابن الحاجب. (56)

2 - قالت المعتزلة : إن العلة هي المؤثر بذاته في الحكم، وهذا مبني على أصلهم في التحسين والتقبيح.

3 - وقال الغزالي : هي الوصف المؤثر في الأحكام بجعل الله تعالى لا بذاته، بمعنى أن الله أجرى عادته بتبعية حصول تعلق الحكم لتحقيق الوصف كتبعية الإحراق لمساة النار، وهذا ما ينسبه الأصوليون (57) للغزالي والذي أطلقه في المستقصى في غير موضع منه أن العلة الشرعية علامات وأمارات للحكم، وربما أطلق بطريق المجاز أنها الباعثة.

(53) الفعل إذا ترتب عليه أثر فمن حيث إنه ثمرته ونتيجته يسمى فائدة ومن حيث إنه في طرف الفعل يسمى غاية، ومن حيث إنه مطلوب للفاعل من الفعل يسمى غرضاً، ومن حيث إنه باعث للفاعل على الإقدام على الفعل يسمى علة غائية. والنسبة بين هذه الآثار المترتبة : فالفائدة والغاية أعم من الغرض والعلة الغائية، والنسبة بين الفائدة والغاية المساواة لاتحادهما مصداقاً واختلافهما مفهوماً، وكذلك النسبة أيضاً بين الغرض والعلة الغائية هي المساواة (الضياء اللامع في شرح جمع الجوامع 2/312 لابن حنبل طبع بفاس).

(54) آية 56 سورة الذاريات.

(55) آية 178 آل عمران.

(56) موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي 7/37.

- نشر البنود على مراقبي السعود 2/312 للشيخ عبد الله بن إبراهيم الشنقيطي طبع فاس.

(57) موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الإسلامي 7/73.

4 - وقال الرازي : إنها المعرف للحكم، واختار هذا التعريف البيضاوي

وبه قال أكثر الأصوليين. (58)

وذكر الشوكاني (59) إن للعلة أسماء تختلف باختلاف الاصطلاحات، فيقال لها السبب والأمانة والداعي، والمستدعي والباعث، والحامل والمناط والدليل والمقتضي والموجب والمؤثر.

226 - وأما الحكمة : فقد عرفها الشوكاني بأنها الحاجة إلى جلب

مصلحة أو دفع مفسدة ونقل عن بعض الأصوليين أن الحكمة إن كانت ظاهرة منضبطة بنفسها جاز التعليل بها وهو اختيار الأمدي والصفى الهندي، فعلى هذا الرأي تكون العلة هي نفس الحكمة. فإن لم تكن الحكمة ظاهرة منضبطة فإنه يقام مقامها وصف ظاهر منضبط مظنة لوجودها يناط به الحكم وهو العلة. فبين الحكمة والعلة ترابط خصوصاً على مذهب القائلين بأن العلة بمعنى الباعث. (60)

227 - ويتجلى الفرق بين هذه الأمور الثلاثة (المصلحة والعلة والحكمة) في

جزئيات عديدة، منها : أن الفقهاء والأصوليين يعللون مشروعية القصر في الصلاة والفطر في رمضان بالسفر الذي هو وصف منضبط مشتمل على الحكمة المقصودة للشارع من شرع الحكم وهي دفع المشقة، وهذا الدفع نفسه يعتبر مصلحة للعباد. ففي هذا المثال يتجلى أن العلة هي ذلك الوصف (السفر) وأن الحكمة هي دفع المشقة، ويترتب على ذلك التيسير الذي هو مصلحة.

ومن ذلك أيضاً أنهم يعللون تحريم الشارع للخمر بإسكارها ويقولون:

إن الحكمة هي دفع ما يترتب على الإسكار من الشرور التي تنتج عن زوال العقل بسبب الإسكار وبذلك تتحقق المصلحة وهي الأمن من تلك المفاسد.

58 - 59) موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي 74/7.

60) دروس في أصول الفقه بكلية الشريعة لأستاذنا العربي الشامي مخطوط خاص.

الفرع الثاني : مراعاة الشريعة للمصالح.

228 - إذا كان علماء الأصول اختلفوا فيما يبدو في العلة الشرعية للحكم هل هي مؤثر فيه أم معرف له فقط، وكذلك إذا كان قد اختلفوا في علم الكلام هل أفعال الله تعالى تعلل أم لا ؟، فإننا مع ذلك لا نعلم أن أحدا منهم خالف في أن جميع أحكام الله تعالى متكفلة لمصالح العباد في الدارين، وأن مقاصد الشريعة ليست سوى تحقيق السعادة الحقيقية لهم. وأن ما يقال عن الظاهرية من مخالفتهم لهذه القاعدة فلعل حقيقة مذهبهم في ذلك هو أنه ليس للفقيه ترتيب الأحكام الشرعية وفق المصالح، لأن الإنسان في نظرهم عاجز عن إدراك حقيقة المصلحة التي هي مناط الحكم، لكن عجز الإنسان عن إدراك المصلحة في نظر الشرع لا يستلزم القول بأن الشارع لم يرتب أحكامه وفق مصالح العباد كما هو ظاهر.

229 - ومع أن الرأي الشاذ لقيمة له تجاه ما أجمع عليه الأئمة، فإنه يجدر بنا عرض أدلة تثبت بوضوح أن الشريعة الإسلامية مراعية لمصالح الناس قائمة على أساس توفير السعادة لهم. وقد استقرأ الإمام الشاطبي (61) وغيره من الفقهاء نصوص الشريعة فتأكدوا من خلالها أن الشريعة الإسلامية جاءت لمصالح العباد، وذلك الاستقراء لا ينافي فيه أحد حتى الإمام الرازي الذي ينافي في تعليل أفعال الله تعالى، فإنه لم ينافي في أن الشريعة وضعت لمصالح العباد فإن الله تعالى، يقول في بعثة الرسل : ﴿رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾ (62) ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾ (63) ويقول الشاطبي : وأما التعليل لتفاصيل الأحكام في الكتاب والسنة فأكثر من أن تحصي كقوله

(61) الموافقات 6/2.

(62) آية 165 للنساء.

(63) آية 107 الأنبياء.

بعد آية الوضوء : ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم﴾ (64) وقال في الصيام ﴿كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾ (65) وفي الصلاة ﴿إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر﴾ (66) وقال في القبلة ﴿قولوا وجوهكم شطره لئلا يكون للناس عليكم حجة﴾ (67).

وفي الجهاد ﴿أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا﴾ (68).

وفي القصاص : ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب﴾ (69).

ثم قال الشاطبي : وإذا دل الاستقراء على هذا كله، وكان في مثل هذه القضية مفيدا للعلم فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة، وبناء على هذا ثبت القياس والاجتهاد. (70)

الفرع الثالث : مراتب المصالح.

- إن المصالح ليست على درجة واحدة من القوة بل هناك تفاوت فيما بينها، فهي تتدرج في القوة حسب الترتيب التالي :

- 1 - مصالح ضرورية.
- 2 - مصالح حاجية.
- 3 - مصالح تحسينية.

(64) آية 6 المائدة.

(65) آية 183 البقرة.

(66) آية 45 العنكبوت.

(67) آية 150 البقرة.

(68) آية 39 الحج.

(69) آية 179 البقرة.

(70) الموافقات ج 2 ص 6 وما بعدها.

أولا : المصالح الضرورية :

230 - ومعناها أن الناس أفرادا وجماعات يكونون في حالة ضرورة إلى تحصيلها، بحيث لا يستقيم النظام باختلالها فإذا فقدت تلك المصالح، أصبحت حالة المجتمع في فساد واضطراب وفوضى في الحياة الدنيا والخسران المبين في الحياة الأخرى.

وقد استقر رأي معظم الفقهاء على حصر المصالح الضرورية في خمس مصالح وهي المصالح التي يقصد بها حفظ الدين والنفس والمال والعقل والنسل، وهناك من يذكر بدل حفظ النسل حفظ الأنساب أو حفظ الأعراض، (71) وهناك من جعل حفظ الأنساب وحفظ الأعراض من الحاجي لامن الضروري. (72)

ثانيا : المصالح الحاجية :

231 - ومعناها أنها المصالح التي يحتاج إليها المكفون للتوسعة ودفع الضرر ورفع الحرج والمشقة عنهم بحيث إذا لم تراعى فإن النظام لا يفسد لكنه يكون على حالة غير منظمة، فلذلك لا تبلغ مبلغ الضرورية، ومثل الأصوليون لهذه المرتبة بالبيوع والإجازات والقراض والمساواة، ويظهر أن معظم قسم المباح في المعاملات راجع إلى المصالح الحاجية. (73)

ثالثا : المصالح التحسينية :

232 - هي التي تقع موقع التحسين والتيسير وترجع إلى مكارم الأخلاق والتحلي بالصفات والعادات الحميدة، ويمثل لهذه المرتبة بالنظافة والزينة، وتجنب الإسراف والتقتير.

(71) موافقات الشاطبي 9/2 - 10 دروس أصول الفقه د. نزيه الصادق المهدي ص 122 (طبعة استانسيل).

(72) مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ص 84.

(73) المراجع السابقة موافقات 9/2 - 10 مقاصد الشريعة ص 70 أصول الفقه.

وكل مرتبة من هذه المراتب ينضم إليها ما هو كالتتمة والتكملة لها، ثم أن المصالح التحسينية مكملة للحاجية، والحاجية مكملة للضرورة والمكمل للمكمل مكمل. (74)

الفرع الرابع : أنواع المصالح من حيث نظرة الشارع إليها.

233 - بعد أن أثبتنا أن الشارع إنما وضع الأحكام لمصالح العباد الضرورية والحاجية والتحسينية نقول : إن جميع الأحكام التي وضعها الشارع بإزاء الأفعال معللة بتلك المصالح، ومن هذه العلل ما أمكن الوصول إليه، ومنها ما لم نصل إليه بعد، وتسمى الأحكام التي لم ندرك علتها، أحكاما تعبدية ومع ذلك فإن تلك الأحكام التعبدية قد وضعت لمصلحة استأثر الله بعلمها.

وبناء على ذلك نقول : إن الأحكام الواردة في الكتاب والسنة قد يذكر الشارع مع الحكم علته ومصلحته إما تصريحاً أو كناية، فعلى الفقيه حينئذ في هذه الحالة أن يعمم الحكم في جميع محال العلة. وقد يذكر الشارع الحكم دون بيان العلة والحكمة، فعلى الفقيه أن يبحث عن العلة والمصلحة ليلحق بالحكم ما يماثله في تلك العلة التي ظنها مناطاً للحكم.

ولا بد في بحثه عن العلة أن يتتبع الأحكام المذكورة في الكتاب والسنة في مجملها. لأنه يجب على الفقيه أن يستند في بحثه عن العلة على اعتبارات الشارع. والشارع له عدة طرق في اعتبار العلل وأجناسها حسب ما هو مفصل في مسلك المناسبة (75) من مسالك العلة في كتب الأصول، فالعلل

(74) المرجع السابقة، ج 2 ص 11 - 12 - 18 مقاصد الشريعة لابن عاشور ص 85.

(75) وخلاصة مسلك المناسبة : هو أن يكون في محل الحكم وصف يناسب ذلك الحكم فالإسكار في الخمر وصف مناسب لتحريم الخمر، ثم المناسب : إما أن ينص الشرع على اعتباره أولاً، والذي نص الشرع على اعتباره ينقسم إلى مؤثر وملائم، فالمؤثر : هو الذي يكون عينه معتبراً في عين الحكم كاعتبار عين الزنا في عين الجلد. والملائم : هو الذي يعتبر عينه في جنس الحكم كاعتبار عين الصغر في جنس الولاية بصفة عامة سواء على النفس أو المال، أو جنسه في عين الحكم كاعتبار جنس رفع الحرج والمشقة في عين حكم جمع الصلاتين للمطر، أو جنسه في جنس =

والمصالح المعتمدة بأي نوع من أنواع الاعتبار، المشار لها بالهامش تسمى بالمناصب المعتمد، وأما العلل والمصالح التي لم يعلم اعتبار الشارع لها بنوع من أنواع الاعتبارات المشار لها أيضا فإنها تسمى بالمناصب المرسل أي المطلق عن قيد الاعتبار، ويسمى عند المالكية بالمصالح المرسلة، ويسميه الغزالي بالاستصلاح.

فالمصالح المرسلة وإن لم يشهد لها أصل معين فإنه قد شهد لها بالاعتبار أصل عام وهو الاستقراء الذي دل على اعتبار الشارع للمصالح في شرع الأحكام وإلى جانب المصالح أو المناصب المعتمد، والمصالح المرسلة، هناك المصالح الملغاة، فعلى هذا تكون المصالح ثلاثة أنواع :

أ - مصالح ملغاة :

234 - وهي تلك المصالح التي أشار إليها الشارع وألغاهها فنص على بطلانها وعدم جواز العمل بها، مثال ذلك التسوية بين الابن والبنات في الميراث على أساس وجود مصلحة في ذلك، للعدالة والمساواة بينهما، ولتساوي درجة القرابة بينهما، ولكن الشارع نص على إلغاء هذه المصلحة، وتفضيل الذكر على الأنثى في الميراث على أساس أن الرجل يلتزم بتكاليف الحياة، فأصبحت هذه المصلحة ملغاة، ولا يجوز اعتبارها والعمل بها، وفي

=الحكم كاعتبار جنس الجناية في جنس القصاص.

أما المناسب الذي لم ينص الشارع على اعتباره : فينقسم إلى قسمين :

أ - منه ما يثبت الحكم على وفقه في صورة من الصور ويسمى غريبا، كمعاملة من يريد التوصل إلى الغرض الفاسد بنقيض مقصوده كتوريث المطلقة في المرض، فإن الشارع لم ينص على منه التوصل إلى الغرض الفاسد، لكن قد رتب الحكم على وفقه في صورة القاتل إذ منعه من ميراث مقتوله كمعاملة له بنقيض مقصوده.

ب - ومنه ما لا يثبت الحكم على وفقه في صورة من الصور ويسمى مناسبا مرسلًا. كطرح بعض أهل السفن بالقرعة إذا خيف غرق جميعهم، فإن ذلك مناسب لأن فيه استخلاص بقيتهم، ولم ينص الشارع على اعتباره، ولم يرتب حكما على وفقه في صورة من الصور (مفتاح الوصول للتلمساني ص 81 - 82) طبع دار الكتاب العربي بمصر.

ذلك يقول الله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى﴾، آية 11 سورة النساء.

ب - مصالح معتبرة :

235 - وهي تلك المصالح التي أشار إليها واعتبرها وأجازها بوصفها مصالح مشروعة، ويجب العمل بها إلزاماً أو تخييراً حسب أهمية كل مصلحة منها، بحيث يوجد نص على العمل بها في الكتاب أو السنة أو سائر الأدلة الشرعية، فتصبح هذه المصالح معتبرة ويجب العمل بها.

ج - مصالح مرسلة :

236 - وهي تلك المصالح التي لم يرد نص معين في الشرع لا بالعمل بها، ولا بالنهي عنها، وعلى هذا فالمصالح المرسلة هي المصالح التي ليس لها شاهد شرعي على الخصوص، ولكنها مع ذلك يترتب عنها جلب نفع أو دفع ضرر.

وقد اختلف الفقهاء حول مدى حجية هذه المصالح المرسلة في الفقه الإسلامي. (76)

الفرع الخامس : حجية المصالح المرسلة وموقف الفقهاء منها.

237 - نقسم هذا الفرع إلى مطلبين :

المطلب الأول : موقف الفقهاء عموماً.

المطلب الثاني : موقف الطوفي خصوصاً.

(76) دروس أصول الفقه د. نزيه الصادق المهدي ص 112 وما بعدها طبع استانسيل بكلية الحقوق بالرباط.

المطلب الأول : موقف الفقهاء عموماً.

237 - يحكي الأصوليون في العمل بالمصلحة المرسلّة عدة مذاهب :
مذهب يقول إنّها ليست بحجة فلا يجوز العمل بها كأصل مستقل،
وأصحاب هذا الرأي فريقان، فريق وقف عند النصوص وهم الظاهرية ومن
سلك مسلكهم.

وفريق أخذ بالمصلحة إذا جاءت ضمن المصادر الأخرى في القياس
والاستحسان ويشمل هذا الفريق الحنفية والشافعية لكن المصلحة تأتي في
استنباطات الحنفية أكثر من الشافعية. (77)

238 - ويقول القرافي المالكي في مختصر التنقيح : (إن غير المالكية
يصرح بإنكار المصلحة المرسلّة، ولكنهم عند التفريع نجدهم يعللون
بمطلق المصلحة ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد
لها بالاعتبار بل يعتمدون على مجرد المناسبة وهذا هو المصلحة
المرسلّة) (78) ويقول في شرح تنقيح الفصول : (إن المصلحة المرسلّة -
معتبرة - في جميع المذاهب عند التحقيق لأنهم يقيسون ويفرقون
بالمناسبات ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار، ولا نعني بالمصلحة المرسلّة
إلا ذلك). (79)

وقال الزركاشي في البحر المحيط : (إن العلماء في جميع المذاهب يكتفون
بمطلق المناسبة ولا معنى للمصلحة المرسلّة إلا ذلك). (80)

وقال ابن دقيق العيد - كما نقل الشوكاني عنه : (الذي لا شك فيه أن
لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع، ويليّه أحمد بن حنبل، ولا

(77) أصول الفقه الإسلامي ذ. مصطفى شلبي 1/ 289 مطبعة دار النهضة العربية بيروت 1974.

(78) المرجع السابق ج 1 - ص 290.

(79) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول ص 446 منشورات مكتبة الكليات الأزهرية 1973.

(80) أصول الفقه محمد مصطفى شلبي 1/ 289.

يكاد يخلو غيرهما عن اعتباره في الجملة ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال لها على غيرهما). (81)
وقد اشتهر الطوفي بالغلو في القول بالمصلحة المرسلة لذا نخصص مطلباً لنظرية الطوفي.

المطلب الثاني : موقف الطوفي (82) من المصالح المرسلة.

239 - ذكر الطوفي نظريته في المصلحة في كتابه شرح الأربعين النووية، عندما وصل للحديث الثاني والثلاثين وهو قوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار» فقد أفاض في شرحه، فجاء رسالة في رعاية المصالح المرسلة وهو يغلو في اعتبار المصالح المرسلة، فيقول : إذا تعارض النص أو الإجماع مع المصالح وجب تقديم المصالح، فتكون المصالح مخصصة للنص وبياناً له، لامعطة له، وهو يرد على من يقول إن الحديث الذي يستدل به على رعاية المصلحة لا يقوى على معارضة الإجماع والنصوص، لأن الإجماع دليل قاطع، وليس كذلك رعاية المصلحة، لأن الحديث الذي دل عليها واستفادت منه ليس قاطعاً، فيقول رداً على ذلك : إن رعاية المصلحة أقوى من الإجماع ويلزم من ذلك أنها أقوى أدلة الشرع، لأن الأقوى من الأقوى أقوى. (83)

والطوفي يقول : إن نظريته في المصلحة والتي استفادها من الحديث المذكور ليست هي القول بالمصلحة المرسلة على ما ذهب إليه مالك بل هي

(81) إرشاد الفحول ص 242 مطبعة الحلبي 1937.

(82) الطوفي هو سليمان بن عبد القوي الصرصي البغدادي الحنبلي وقيل مع ذلك كان شيعياً حتى أنه قال في نفسه :

اشعري حنبلي وكذا رافضي هذه إحدى العبر

ترجم له نعمان الألوسي في كتابه محاكمة الأحمدين ص 36 طبعة دار الكتب العلمية.

(83) المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي ص 209 - 210 دكتور مصطفى زيد الطبعة الثانية 1964 دار الفكر العربي. وقد ألحق ببحثه شرح الطوفي للحديث الثاني والثلاثين من الأربعين النووية الذي بنى عليه نظريته في المصلحة.

أبلغ من ذلك، وهو يفرق في استعمال المصلحة بين العبادات والمقدرات من جهة وبين المعاملات من جهة ثانية، فالعبادات والمقدرات يجب التعويل فيها على النصوص والإجماع، إما المعاملات فتبنى على المصالح، (لأن العبادات حق للشارع خاص به، ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته، فيأتي به العبد على ما رسم له.

وهذا بخلاف حقوق المكلفين فإن أحكامها سياسية شرعية وضعت لمصالحهم وكانت المصلحة هي المعتبرة وعلى تحصيلها المعول). (84)

240 - ويرد على بعض الاعتراضات التي قد ترد عليه فيذكر أنه :
(لا يقال إن الشارع أعلم بمصالح العباد فلتؤخذ من أدلته، لأننا قد قررنا أن المصلحة من أدلة الشرع، وهي أقواها وأخصها، فلنقدمها في تحصيل المصالح، ثم إن هذا إنما يقال في العبادات التي تخفى مصالحها عن مجاري العقول والعبادات، أما مصلحة سياسة المكلفين في حقوقهم فهي معلومة لهم بحق العادة والعقل، فإذا رأينا الشارع متقاعداً عن إفادتها علمنا أننا أحلنا في تحصيلها على رعايتها). (85)

ويزيد في شرح نظريته فيقول : إذا تعارضت المصلحة وباقي الأدلة الشرعية فإن الأمر لا يخلو إما أن يتفقا أو يختلفا، فإن اتفقا فبها ونعمت كما اتفق النص والإجماع والمصلحة على إثبات أحكام الكليات الخمس الضرورية ونحو ذلك من الأحكام التي وافقت فيها الأدلة المصلحة.

وإن اختلفت المصلحة وباقي الأدلة، فإن أمكن الجمع بينها، بوجه ما جمع، مثل أن يحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون بعض على وجه لا يخل بالمصلحة، ولا يفضي إلى التلاعب بالأدلة أو بعضها.

(84) المرجع السابق ص 240.

(85) المرجع السابق ص 240.

وإذا تعذر الجمع بينها، قدمت المصلحة على غيرها، لقوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار) وهو خاص في نفي الضرر المستلزم لرعاية المصلحة، فيجب تقديم المصلحة لأنها هي المقصودة من سياسة المكلفين بإثبات الأحكام، وباقي الأدلة كالوسائل والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل). (86)

وقد استدل على وجهة نظره بالحديث السابق وكذلك ببعض الآيات التي لاحظ المصلحة في أحكامها.

وخلاصة نظرية الطوفي : أن المصلحة هي أقوى الأدلة ولا يقف في وجهها أي دليل آخر، وأن النصوص والإجماع لا تنفذ إذا كان سترتب على تنفيذها ضرر، وهو يعتبر أن الشارع لما شرع أحكامه في المعاملات والسياسة الدنيوية قيد تنفيذها بما إذا لم يستلزم تنفيذها ضررا ودل على هذا التقييد بقوله (لا ضرر ولا ضرار) وأن المصلحة هي مقصود الشارع بحيث كان في وقت التشريع ينسخ بعض الأحكام الشرعية بأخرى رعاية لتبديل المصالح.

وقد عقب على الطوفي كثير ممن كتب في موضوع المصلحة فردوا عليه فيما ساقه من الأدلة فبينوا أنها ليست قاطعة في دلالتها على مطلوبه، وإن الارتباط بينها وبين دعواه ارتباط واه لا يقوم حجة على دعواه الخطيرة. (87)

(86) المرجع السابق ص 238.

(87) مالك محمد أبي زهرة ص 395.

- وابن حنبل له أيضا ص 308.

- المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي ص 135 وما بعدها د. مصطفى زيد - دار الفكر.

الفرع السادس : نظرية المذهب المالكي في المصلحة المرسلة.

240 - لقد اختلف الكلام عن المذهب المالكي في أخذه بالمصالح المرسلة (88) بين أتباعه وبين أتباع المذاهب الأخرى.

241 - فلنعرض أولاً ما نسبته علماء المذاهب الأخرى لمالك في شأن أخذه بالاستصلاح (89) واعتماده حجة في استنباط الأحكام أو الترجيح به. فقد ذكر هؤلاء أن مالكا استرسل في الأخذ بالمصالح المرسلة دون أن يمنعه من ذلك مخالفة قاعدة ولا أصل، ومن العلماء من اضطرب كلامه في ذلك، فنسب مرة لمالك أنه قدم الاستصلاح على الأصول والقواعد، ونسب مرة أخرى له أنه التزم في ذلك بما التزم به الشافعي وتناوله بالقسط والعدل وأنه لم يأخذ بالاستصلاح إلا إذا شهد له أصل بحيث لا يخرج عن دائرة القياس.

فقد نسب ابن السبكي والمحلي حسب ما جاء في شرح جمع الجوامع : أن الإمام مالكا قد قبل بناء الأحكام على الاستصلاح مطلقاً رعاية للمصلحة أي سواء كانت شبيهة بالمعتبرة داخلية في المقاصد أم لا، حتى جوز ضرب المتهم بالسرقة ليقر وعورض بأنه قد يكون بريئاً وترك الضرب لمذنب أهون من ضرب بريئ. (90)

أما الأمدي فقد قال في الأحكام : (وقد اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به - أي المناسب المرسل - وهو الحق، إلا ما نقل عن مالك أنه يقول به مع إنكار أصحابه لذلك عنه، ولعل النقل إن صح عنه فالأشبه أنه لم يقل ذلك في كل مصلحة بل فيما كان من المصالح

88 - 89) الاستصلاح والمصالح المرسلة، يستعملان كمرادفين، لكن عند التدقيق في المعنى نجد أن لفظ المصالح المرسلة - دلالتها قاصرة على إفادة معنى المصالح نفسها، ولا تفيد معنى عملية بناء الأحكام على أساسها لذى فيستحسن إطلاق الاستصلاح على عملية بناء الأحكام على أساس المصالح المرسلة.

(90) حاشية البناني على شرح المحلي لمتن جمع الجوامع 2/284. مطبعة الحلبي بمصر 1937.

الضرورية الكلية الحاصلة قطعاً، لا فيما كان من المصالح غير ضروري ولا كلي ولا وقوعه قطعي). (91)

وقد اضطرب إمام الحرمين (92) فيما نسبته لمالك فمرة قال : إن الإمام مالكا رحمه الله أفرط في القول بالاستصلاح فرأى تثبيت مصالح بعيدة عن المصالح المألوفة والمعاني المعروفة في الشريعة، وجره ذلك إلى استحلال القتل وأخذ الأموال بمصالح يقتضيها في غالب الظن، وإن لم يجد لتلك المصالح مستنداً ثم لا وقوف عنده، بل الرأي رأيه فيما أسند نظره فيه. (93)

وصرح إمام الحرمين في كتاب البرهان إن : (الذي تنكره من مالك رضي الله عنه رعاية ذلك وجريانه على الاسترسال في الاستصلاح من غير اقتصار ونحن نضرب في ذلك مثالا ثم نذكر يحسبه لمالك مذهباً، فلو قدر وقوع واقعة حسبت نادرة لا عهد بمثلها، فلو رأى ذو نظر جدع الأنف أو ظلام (94) الشفة وأبدى رأياً لا تنكره العقول، صائراً إلى أن العقوبات مشروعة لحسم الفواحش وهذه العقوبة لائقة بهذه النادرة (95) فمثل هذا مردود، ومالك رضي الله عنه التزم مثل هذا في تجويزه لأهل الإيالات القتل في التهم العظيمة، حتى نقل عنه أنه قال : أنا أقتل ثلث الأمة لاستبقاء ثلثيها). (96)

ولكنه عاد فقال في المرة الثانية - وذلك في باب التعارض والترجيح - ما نصه : (فأما المعنى الذي لانجد له أصلاً ولا مستنداً فهو الذي سميناه

(91) الأحكام في أصول الأحكام 203/2 مطبعة محمد علي صبيح بمصر 1968.

(92) إمام الحرمين : هو أبو المعالي عبد المالك بن عبد الله الجويني النيسابوري بنى له نظام الملك في نيسابور المدرسة النظامية، ألف البرهان في الأصول والنهاية في الفقه توفي سنة 478 وهو شافعي - راجع الفكر السامي للحجوي ص 161/4.

(93) شرح عمر الفاسي على لامية الزقاق م 35/ ص 6 طبعة فاس الحجرية.

(94) ظلام الشفة شقها أو استئصالها.

(95) النادرة : الداهية والجناية.

(96) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص 389 د. محمد سعيد رمضان البوطي عن مخطوط البرهان بدار الكتب المصرية ورقة 335.

الاستدلال، ونحن نرى التعلق به كما مهدنا القول فيه، ولا يجوز التعلق عندنا بكل مصلحة، ولم ير ذلك أحد من العلماء، ومن ظن ذلك بمالك رضي الله عنه فقد أخطأ، فإنه اتخذ من أقضية الصحابة رضي الله عنهم أصولاً وشبه بها مأخذ الوقائع فمال فيما مال إلى فتاويهم وأقضيتهم). (97)

وذكر عمر الفاسي في شرح لامية الزقاق أنه نقل عن إمام الحرمين : تشديد النكير على مذهب مالك في أخذه بالمصالح المرسلة، وألزمه اختلاف الأحكام باختلاف الأشخاص والبقاع والأوقات وانحلال الأمرين وصيرورة ذوي الأحلام بمثابة الأنبياء عليهم السلام، وأن العاقل العالم بوجوه السياسات إذا راجع العلماء في قضية وأعلموه أنها ليست منصوصة في كتاب ولا سنة ولا أصل لها يدانيها، تأتي له أن يحكم بعقله). (98)

وقد عقب على إمام الحرمين، الإمام أبو الحسن الأبياري (99) المالكي في شرح البرهان فقال : (وأي مضرّة تلزم اختلاف الأحكام باختلاف الأحوال والبلدان. وأما أنه يتسع الأمر ويرجع ذوو الأحلام... فهذا تهويل ليس وراءه تحصيل، والعلماء ورثة الأنبياء، وما كان النبي يذكر إلا ما فهمه عن ربه تعالى، وإذا جعل الله للعلماء أن يحكموا بما يرونه صواباً محصلاً لمقصود الشرع لم تكن لهم مجاوزة ذلك ولا تعديه، وكانوا إنما حكموا بحكم الله تعالى ألا ترى أنهم إذا استنبطوا المعاني من الأصول فإنهم بعقولهم أدركوا ذلك، ولا ينسب الحكم إليهم بحال، فأى فرق بين أن يفهموا المصالح من أصول معينة وبين أن يفهموها مستندين إلى كلي الشريعة.

(97) المرجع السابق ص 389.

(98) شرح عمر الفاسي على لامية الزقاق م 35 / ص 7.

(99) أبو الحسن الأبياري : هو علي بن إسماعيل الأبياري الأسكندري له كتاب سفينة النجاة على نسق الأحياء، وله تكملة حسنة على كتاب مخلوف الذي جمع فيه بين التبصرة والجامع لابن يونس والتعليقة لأبي إسحاق، تدل على تمكنه في الفقه والأصول توفي سنة 616 - راجع الفكر السامي للحجوي ص 4/65.

وأما قوله : إن العاقل العالم بوجوه السياسات... فهذا من مورده
وملزمه غفلة عظيمة وبيان الغلط فيه من وجهين :

أحدهما : انا نشترط في اتباع المصالح أن لاتناقض أمرا مفهوما من
الشرعية ومن أين يعلم العامي هذا.

الأمر الثاني : انا قلنا لسنا نريد بالمصلحة في هذا المكان جلب المنفعة
ودفع المضرة، وإنما أريد بها المحافظة على مقصود الشارع وإنما يعرفه
العلماء دون العوام.(100)

ماورد عن علماء المذهب في شأن المصلحة المرسله :

242 - أما ما ورد عن اتباع مالك كالقرافي والشاطبي وغيرهما في شأن
المصلحة المرسله هو أن المذهب المالكي أخذ بالمصلحة واعتبرها دليلا
مستقلا، غير مستند إلى ما سواه، فحيثما وجدت المصلحة أخذ بها سواء
كان لها شاهد خاص من الشرع بالاعتبار أم لم يكن لها شاهد بالاعتبار،
لكن إذا كان لها شاهد خاص بالإلغاء فإنه لا يؤخذ بها. وصرح المالكية أنه
يؤخذ بالمصلحة ولو عارضتها نصوص ظنية ونقلوا عن الإمام مالك أنه
يرى تخصيص العام بالاستصلاح.(101) وهذا كله في المعاملات (أما العبادات
فقد التزم مالك فيها عدم الالتفات إلى المعاني وإن ظهرت لبادي الرأي،
وقوفا مع ما فهم من مقصود الشرع فيها من التسليم على ما هي عليه..
ودورانه في ذلك كله على الوقوف مع ما حده الشارع دون ما يقتضيه معنى
مناسب إن تصور، لقله ذلك في التعبدات وندوره. بخلاف قسم العادات
الذي هو جار على المعنى الظاهر للعقول، فإنه استرسل فيه استرسال المدل

(100) شرح عمر الفاسي على لامية الزقاق م 35 / ص 7.

(101) شرح عمر الفاسي على لامية الزقاق م 35 / ص 5.

العريق في فهم المعاني المصلحية، نعم مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلا من أصوله، حتى لقد استشنع العلماء كثيرا من وجوه استرساله زاعمين أنه خلع الربطة، وفتح باب التشريع وهيهات ما أبعد من ذلك رحمه الله، بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالاتباع، بحيث يخيل لبعض أنه مقلد لمن قبله، بل هو صاحب البصيرة في دين الله - حسبما بين أصحابه في كتاب سيره). (102)

243 - واستدل المالكية على الأخذ بالمصالح المرسلة بما يلي :

أولا : إن استقراء الأحكام دل على اعتبار الشارع جنس المصالح في شرعها واعتبار الجنس يفيد الظن باعتبار المصلحة المرسلة لأنها فرد منه، والعمل بالظن واجب.

ثانيا : إن استقراء أحوال الصحابة في اجتهداهم واستدلّاهم دل على أنهم كانوا يقنعون في معرفة أحكام الوقائع التي لانص فيها بمعرفة المصالح دون التفات إلى شيء آخر، فكان ذلك إجماعا منهم على العمل بالمصالح مطلقا. (103)

244 - وقد لاحظ فقهاء المذهب المالكي أن منهج مالك في الاستنباط بطريق المصالح المرسلة كان يتجه إلى أمور هي بمثابة القيود لاسترساله وهي :

أولا : الملاءمة بين المصلحة التي أخذ بها، وبين مقاصد الشرع في الجملة، بحيث لاتنافي أصلا من أصوله ولا دليلا من أدلته القطعية.

ثانيا : أن تكون معقولة في ذاتها، جرت على المناسبات المعقولة بحيث إذا عرضت على أهل العقول تلقتهما بالقبول، لذا فلا مدخل للمصالح في

(102) الاعتصام للشاطبي 113/2 - المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

(103) مختصر صفوة البيان في شرح منهاج البيضاوي للشيخ يسن سوبلم طه 75/3 مكتبة الكليات الأزهرية 1976.

التعبدات ولا ماجرى مجراها من الأمور الشرعية، لأن عامة التعبدات لا يعقل لها معنى على التفصيل.

ثالثاً : أن يكون في الأخذ بالمصالح المرسلة حفظ أمر ضروري ورفع حرج لازم في الدين، ورفع الحرج إما لاحق بالضروري، وإما من الحاجي، أما كونه من الضروري فمن قبيل الوسائل، ومن قبيل (مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب) وإما كونه من الحاجي فلأن رفع الحرج إنما هو تخفيف فقط وليس فيه ما يدل على التشديد وزيادة التكليف. (104)

فهذه القيود بلا شك تمنع مالك وأصحابه من أن يخلعوا الربطة ويسيروا أمور الناس على مقتضى الشهوات والأهواء، وهم في استعمالهم الاستصلاح لا يخالفون نصاً مقطوعاً به إلا للضرورة الملجئة فإن حال الاضطرار تجيز إسقاط بعض الواجبات اللازمة في حال الاختيار، وذلك ثابت بالنصوص القاطعة.

ونلحق بهذا الفرع وجه الخلاف بين نظرية الطوفي ونظرية المذهب المالكي.

245 - فأساس الخلاف بينهما هو أن الطوفي يفترض ويسلم حسب نظره وقوع التعارض بين النصوص وبين المصلحة، وفي هذه الحالة يقدم المصلحة على النص. أما المالكية ومن سلك مسلكهم فإنهم لا يرون التعارض بين النصوص القطعية في الثبوت والدلالة وبين المصلحة، بل يعتقدون أن المصلحة ملازمة للنصوص القطعية، فلا يمكن أن تكون هناك مصلحة مؤكدة أو غالبية، والنص القاطع يعارضها، إنما هي ضلال الفكر أو نزعة الهوى أو غلبة الشهوة، أو التأثر بحال عارض غير دائمة، أو منفعة عاجلة سريعة الزوال، أو على التحقيق منفعة مشكوك في وجودها، وهي لا تقف

(104) تلك القيود منقولة بتصرف عن الاعتصام للشاطبي 2/110 وما بعدها الطبعة المذكورة.

أمام النص الذي جاء عن الشارع الحكيم وثبت ثبوتاً قطعياً ودلالته مفهومة واضحة، أما إذا ثبت الحكم بنص ظني دلالة وثبوتاً أو كان النص عاماً فإن المالكية حسب ما تقدم يستعملون الاستصلاح لترجيح إحدى المعاني الظنية على الأخرى، ويستعملونه أيضاً لتخصيص العام. هذه هي حدود استعمال المصالح المرسلة عند المالكية، ولا يبلغون بها إلى الحد الذي وصل إليه الطوفي من تقديم المصلحة حتى على النص القطعي وإيقاف العمل به.

الفرع السابع : دراسة تطبيقية للمصلحة في بيع الصفقة.

نقسم هذا الفرع إلى مطلبين :

المطلب الأول : ماهية بيع الصفقة.

المطلب الثاني : المصلحة أساس بيع الصفقة.

المطلب الأول : ماهية بيع الصفقة.

246 - الصفقة بفتح الصاد وسكون الفاء المرة من الصفق كالضربة من الضرب وفي الحديث الشريف - ألهاني الصفق بالأسواق - وأصله من التصفيق وهو الضرب بباطن الكف على الأخرى لأنهم كانوا يفعلون ذلك عند البيع.

وفي القاموس صفق له بالبيع يصفق وصفق يده بالبيعة وعلى يديه صفقا وصفقة ضرب يديه وذلك عند وجود البيع. والاسم الصفق ثم قال : وصفقة رابحة وبيعة خاسرة.

هذا أصل اللفظ في اللغة ثم صار علماً بالغلبة على نوع خاص من البيع (105) جرى به العمل في المغرب، وصورته أن تكون دار مثلاً أو حيوان بين شخصين فأكثر فيعمد أحدهم إلى ذلك الملك ويبيعه جميعه بغير إذنهم،

(105) نوازل العلمي م 31 / ص 3 طبعة فاس الحجرية.

فيثبت الخيار لشركائه بين أن يكملوا البيع أو يضمنوا لأنفسهم، ويدفعوا للبائع مناب حصته من الثمن.

وبيع الصفقة له أصل في المذهب المالكي لكن على غير الصورة التي جرى بها العمل عند الفقهاء المتأخرين، فقول عبد الواحد الونشريسي :

وبيعة الصفقة بالغرب اشتهر

بين قضائاته ببـدو وحضر

ولم يـرد نص لها عمن مضى

وظاهر المذهب منعها اقتضى (106).

يقصد أن بيع الصفقة - حسب الصورة التي جرى بها العمل عند الفقهاء المتأخرين - لم يرد بها نص عند الفقهاء المتقدمين بل نصوص المذهب أي المشهور تقتضي منع بيع الصفقة حسب الصورة التي أصبح معمولاً بها، فالونشريسي لم يقصد نفي النص في جواز بيع الصفقة رأساً، وذلك لوجوده في المدونة وغيرها. (107)

فقد نص عليه صاحب التحفة في فصل القسمة بقوله :

ومن دعا لبيع مالا ينقسم

لم يسمع إلا حيث إضرار حتم

مثل اشترك حائط أو دار

وكالرحى والفرن في المختار

247 - فبيع الصفقة عند الفقهاء الأقدمين كان مقيدا بقيود هي :

يجب على مريد البيع أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليحجر الممتنع، بعد إثبات

الموجبات التالية وهي :

1 - أن يكون الشيء لا يقبل القسمة إلا بضرر.

(106) تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة للشيخ ميارة ص 13 طبعة فاس الحجرية.

(107) المرجع السابق تحفة الأصحاب ص 13.

2 - أن يكون ذلك الشيء مما يتضرر بالاشتراك فيه، لكونه متخذاً للانتفاع به بعينه، كالدار والبستان، لا إن كان متخذاً للانتفاع بغلته فقط كالفرن والرحى. وهذا التمييز بين ما ينتفع به بعينه، وبين ما ينتفع بغلته، هو لابن رشد، ورده ابن عرفة، بأن المعروف عادة أن شراء الجملة أكثر ثمناً في رباع الغلة وغيرها إلا أن يكون ذلك ببلاد الأندلس، فإذا كان ابن رشد إنما بنى حكمه على عاداتهم فلا يحسن الاعتراض عليه.

3 - أن يتحد مدخل الشركاء بأن يشتروه دفعة واحدة أو يرثوه كذلك أما إن كان كل منهم اشترى حصته مفردة أو ورثها كذلك فلا يجبر أحدهم للآخر، على شرط أن لا يخالف ذلك القاعدة التي تقول : (يجبر الدخيل للأصيل، ولا يجبر الأصيل للدخيل).

4 - أن ينقص ثمن حصة مريد البيع إذا بيعت وحدها عن ثمن الجملة وإلا فلا جبر.

5 - أن يلتزم الممتنع من البيع أداء النقص الحاصل لشريكه.

6 - أن لا يكون المشترك فيه للتجارة وإلا فلا يجبر على بيعه.

7 - أن لا يبيع طالب البيع حصته بأن يبيع بعضها ثم يريد أن يصفق بالبعض الباقي فإنه لا يجاب.

8 - أن يكون المشتري أجنبياً.

9 - أن لا يرضى البائع ببيع حصته مفردة. (108) وهذا القيد الأخير من باب تحصيل الحاصل، لأن الشخص لا يقوم ببيع الصفقة إلا إذا لم يرض ببيع حصته فقط.

هذه هي القيود التي كانت تشترط لكي يجبر الشخص على بيع حصته، أو يلزم باسترداد وضم حصة البائع.

(108) شرح البهجة على التحفة للتسولي 151/2.

وجاء الفقهاء المتأخرون في أواخر الدولة السعدية وخلال عصر الدولة العلوية، وقرروا عدم اشتراط تلك القيود كلها، بل اختاروا الأحكام الآتية وهي :

1 - عدم الرفع إلى الحاكم.

2 - جواز بيع الصفقة في القابل للقسم وما لم يقبل.

3 - الاكتفاء بالشروط التالية :

أ - اتحاد المدخل.

ب - أن تنقص حصة مريد البيع مفردة.

ج - أن لا يلتزم الشريك أداء ذلك النقص.

د - أن لا يبيع مريد البيع حصته (109)

على أن كثيرا من الفقهاء ذكروا أنه لا يشترط إلا اتحاد المدخل. (110)

ونظرية الفقهاء المتأخرين هي التي اشتهرت ببيع الصفقة واعتبرت ضمن مسائل العمل.

المطلب الثاني : المصلحة أساس بيع الصفقة.

248 - إن الأساس الذي بني عليه بيع الصفقة هو رعاية المصلحة التي تقتضي رفع الأضرار، وذلك أن القيود والأوصاف المشترط ثبوتها متضمنة

(109) مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق للشيخ أبي الشتاء الصنهاجي 2/279 الطبعة الثانية بالرباط.

- وحاشية الوزاني على التاودي على التحفة 2/538.

(110) التسولي في البهجة 2/151 - الوزاني في حاشية التحفة 2/538.

- عبد الرحمان الفاسي في نظم العمل وهو أبو زيد عبد الرحمان بن عيد القادر الفهري الفاسي، لقبه والده بسيوطي زمانه له تأليف كثيرة منها الأفتوم بتعاريف العلوم وهو الذي نظم النوازل التي جرى فيها عمل فاس بالحكم بقول ضعيف شرحه أبو القاسم ابن سعيد العميري وغيره، توفي سنة 1096 - راجع الفكر السامي للحجوي 4/116.

للأضرار، وحتى يدفع ضررها، أجاز الفقهاء بيع الصفقة بدون الرفع إلى الحاكم، فقد ألغى الفقهاء المتأخرون اشتراط الرفع إلى الحاكم مراعاة للمصلحة ودفعاً للأضرار التي كان يقتضيها الرفع إلى الحاكم، لأن الحاكم في المغرب في فترة ظهور بيع الصفقة حسب عمل الفقهاء المتأخرين كانت غير منظمة، بالإضافة إلى أن المسطرة أمام القضاء تقتضي زمناً طويلاً تضع خلال الحقوق وتقتضي مصارف، ولهذا قرر الفقهاء عدم اشتراط الرفع إلى الحاكم وبقرارهم جرى العمل.

ولا تخفى الأضرار التي تحصل من النقص في الحصة إذا بيعت مفردة، ومن عدم أداء الشريك قيمة النقص.

وقد ذكر الشيخ عبد القادر الفاسي في أجوبته الكبرى (111) أن بيع الصفقة مبني على قاعدة (إن الضرر يزال).

وقد نظم الشيخ ميارة في رسالة تحفة الأصحاب ببعض مسائل بيع الصفقة الأساس الذي بني عليه بيع الصفقة فقال:

وعله استحسان من تأخرا من القضاة لمصالح ترى

249 - ومما يجدر ذكره : أن بعض الفقهاء الأوروبيين ينادون بتطبيق قواعد بيع الصفقة في بلادهم لرفع الأضرار التي يعانون منها في شركة العمارات والدور الكبيرة، فقد ذكروا أن كثيراً من القصور الشاهقة أصبحت عرضة للتلف، أو يستبد بها أحد الشركاء، ولا يمكن للباقي من ملاكها أن يفعلوا شيئاً، وقالوا : لابد أننا سنأخذ بمسألة بيع الصفقة في يوم ما. (112)

(111) ص 231 طبعة فاس الحجرية وبهامشها الأجوبة الصغرى.
(112) مقال قاعدة العمل حجة في المذهب المالكي للأستاذ عبد الله كُنون نشر في مجلة العربي الكويتية العدد 152 ص 23 وهو يحكي ذلك عن الفقيه الفرنسي (مسيوميو).

ويذكر فقهاء القانون المقارن أن بيع الصفقة مؤسسة حقوقية مغربية غير معروفة في أي بلد آخر، وأن مصدرها هو الحقوق العرفية التي تبناها الاجتهاد القضائي.(113)

إن اعتبار مصدر بيع الصفقة هو العرف رأي غير صحيح، لأن أصل بيع الصفقة مذكور في أمهات المذهب المالكي، وأن التطوير الأخير الذي أدخله الفقهاء المتأخرون مبني على المصلحة حسب رأي الشيخ ميارة والشيخ عبد القادر الفاسي.

وقد ذكر القول بأن مصدر بيع الصفقة هو العرف الدكتور محيي الدين إسماعيل علم الدين في كتابه أصول القانون المدني المغربي(114) والدكتور محمد مهدي الجم في كتابه التحفيظ العقاري في المغرب(115) ولعلهما تبعاً في ذلك الأستاذ (ديكرو).

(113) د. محي الدين إسماعيل علم الدين في كتابه أصول القانون 91/3.
- د. محمد مهدي الجم في كتابه التحفيظ العقاري في المغرب ص 117.
(114) ج 3 ص 91.
(115) ص 117.

الفصل الثالث

سد الذريعة وفتحها

ندرس هذا الفصل في الفروع التالية :

الفرع الأول : تعريف الذريعة وتأصيلها.

الفرع الثاني : دليل الأخذ بالذرائع.

الفرع الثالث : أقسام الذرائع.

الفرع الرابع : فتح الذرائع.

الفرع الخامس : هل سد الذرائع وفتحها خاص بالمذهب المالكي.

الفرع السادس : دراسة تطبيقية للذريعة في مسألة تأييد التحريم في المخلق بها والمهروب بها.

الفرع الأول : تعريف الذريعة وتأصيلها.

نقسم هذا الفرع إلى مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الذريعة.

المطلب الثاني : تأصيل الذريعة.

المطلب الأول : تعريف الذريعة.

250 - الذريعة في اللغة : الوسيلة التي يتوصل بها إلى شيء آخر مطلقاً، وهي في الأصل دابة تشد في موضع ليأوي إليها البعير الشارد لأنه كان يألفها قبل شروده، فإذا رآها اقترب منها فأمسكوه. (116)

وفي الاصطلاح : اختلف في تعريفها حسب تحديدها هل خاصة أو عامة، فالشاطبي يعرفها بأن (حقيقتها التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة) (117) وعرفها الحجوي الثعالبي بأنها : (الوسائل والطرق إلى الشيء الذي نهى الشارع عنه). (118)

ويرد على هذين التعريفين أنهما غير جامعين لاقتصارهما على المعنى الخاص بالذريعة وهي التي يتوصل بها إلى المحرمات، بينما الذريعة كدليل تعم جميع الوسائل سواء كانت وسائل للحرام أم للحلال، يقول القرافي : (الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها، وتكره وتندب وتباح) (119) وقريب منه قول محمد سلام مذكور : (الذرائع إذا كانت تفضي إلى مقصد هو قرينة وخير، أخذت الوسيلة حكم المقصد، وإذا كانت تفضي إلى مقصد ممنوع هو مفسدة أخذت حكمه، ولذا فإن الإمام مالكا يرى أنه يجب فتح الذرائع في

(116) حاشية الصاوي على شرح الدردير لأقرب المسالك 40/2.

- شرح الخرشي على مختصر خليل 2/4 - مقاصد الشريعة الإسلامية محمد الطاهر بن عاشور ص 119.

(117) الموافقات 199/4.

(118) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي 74/1.

(119) الفروق 33/2.

الحالة الأولى، لأن المصلحة مطلوبة، وسدها في الحالة الثانية لأن المفسد ممنوعة. (120)

وقد أغرق ابن القيم في العموم باقتصاره على المفهوم اللغوي إذ قال : (والذريعة ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء). (121) فتعميم الشيء في التعريف يجعله غير مانع، وذلك لدخول جميع الوسائل حتى المفضية إلى غير الأحكام الشرعية، مع أن بحث الفقيه يقتصر على الوسائل المفضية إلى الأحكام الشرعية فقط.

والأنسب في تعريفها هو أنها : (الوسيلة المفضية إلى الأحكام الخمسة) (122) أو أنها : (ما تكون وسيلة وطريقا إلى شيء آخر حلالا كان أو حراما) (123) وهي بهذا المعنى قد تسد إذا كانت طريقا إلى مفسدة وقد تفتح إذا كانت طريقا إلى مصلحة، على أن الذي ركز عليه الباحثون هو سد الذريعة المفضية إلى مفسدة وخصوصها بأكثر أحاديثهم ولذلك جعلوا عنوان الموضوع (سد الذرائع).

251 - ويجب التفرقة بين سد الذريعة وبين الغلو في الدين وهي تفرقة دقيقة، فسد الذريعة موقعه هو وجود المفسدة، والغلو موقعه هو المبالغة والإغراق في إلحاق مباح بمأمور أو منهي شرعي أو في إتيان عمل شرعي بأشد مما أراد به الشارع بدعوى خشية التقصير عن مراد الشارع. وكذلك يجب التفرقة بين الذرائع والحيل، فالحيل هي تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، وقال ابن القيم : (إن تجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، فالشارع يسد الطريق

(120) ذكر قول محمد سلام مذكور : محمد تقي الحكيم في كتابه الأصول العامة للفقه المقارن ص 407.

(121) أعلام الموقعين 3/ 147، تقي الحكيم ص 408 شلبي 1/ 300.

(122) الأصول العامة للفقه المقارن : محمد تقي الحكيم ص 408.

(123) أصول الفقه الإسلامي : محمد مصطفى شلبي 1/ 300.

إلى المفسد بكل ممكن، والمحتال يفتح الطريق إليها بكل حيلة
فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم إلى من يعمل
الحيلة في التوصل إليه؟(124).

المطلب الثاني : تأصيل الذريعة.

252 - إن موارد الأحكام الشرعية قسمان : مقاصد وهي الأمور
المتضمنة للمصالح والمفاسد في نفسها، أي التي هي في ذاتها مصالح أو
مفاسد، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها. وحكمها كحكم ما أفضت إليه
من تحريم أو تحليل غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، ويقول
القرافي : (الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد
أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسطة). (125)

وقد أفاض ابن قيم الجوزية في تأصيل هذه القاعدة فقال : (ولما كانت
المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها
وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها
والمنع بها بحسب إفضائها إلى غايتها وارتباطاتها، ووسائل الطاعات
والقربات في محبتها والإذن بها بحسب إفضائها إلى غايتها، فوسيلة
المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود، لكنها مقصود قصد الغايات
وهي مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق
ووسائل تفضي إليه، فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له،
ومنعا أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية للمحرم، لكان
ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل
الإباء، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو

(124) أعلام الموقعين 3/ 171 المكتبة التجارية.

(125) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول ص 449 الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضا، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده، وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، وإلا فسد عليهم مايرمون إصلاحه، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال.

ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرّمها ونهى عنها.(126)

253 - والأصل في اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال وما تنتهي في جملتها إليه، فيأخذ الفعل حكما يتفق مع ما يؤول إليه، فإن كانت المآلات تتجه نحو المصالح التي هي المقاصد والغايات من معاملات الناس بعضهم مع بعض، كانت مطلوبة بمقدار يناسب طلب هذه المقاصد وإن كانت لاتساويها في الطلب.

وإن كانت مآلاتها تتجه نحو المفاصد فإنها تكون محرمة بما يتناسب مع تحريم هذه المفاصد، وإن كان مقدار التحريم أقل في الوسيلة. والنظر إلى هذه المآلات لا يلتفت فيه إلى نية الفاعل ومقصده، بل إلى نتيجة العمل وثمرته، وبحسب النية يثاب الشخص أو يعاقب في الآخرة، وبحسب النتيجة والثمرة يحسن الفعل في الدنيا أو يقبح، ويطلب أو يمنع لأن الدنيا قامت على مصالح العباد وعلى العدل، وقد يستوجبان النظر إلى النتيجة والثمرة دون النية المستحبة والقصد الحسن، فمن سب الأوثان مخلصا العبادة لله سبحانه وتعالى فقد احتسب نيته عند الله في زعمه، ولكنه سبحانه وتعالى نهى عن السب إن أثار ذلك غضب المشركين وأدى بهم ذلك إلى سب الله تعالى. فقد قال عز وجل : ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا

(126) أعلام الموقعين 3/ 147 المكتبة التجارية الكبرى بمصر 1955.

الله عدوا بغير علم ﴿١٢٧﴾ فالنهي في الآية الكريمة عن سب الأوثان إنما الملاحظ فيه النتيجة الواقعة، لا النية الدينية المحتسبة، ومن أجل هذا فإن منع الذرائع المؤدية إلى الإثم أو إلى الفساد لا يتجه المنع فيها إلى النية المخلصة فقط، بل إلى النتيجة المثمرة أيضا فتمنع الذريعة لنتيجتها وإن كان الله قد علم نية فاعلها. (128)

254 - فنظرية الذرائع مرتبطة بنظرية المصلحة، لذلك كان النظر إلى النتائج والثمرات، فإن كانت نتيجة الذرائع مصلحة عامة فإن الذرائع تفتح وإن كانت نتيجتها تؤدي إلى فساد فإن الذرائع تسد، لأن الفساد ممنوع، فما يتذرع به إليه ممنوع، والمصلحة مطلوبة فما يتذرع بها إليها مطلوب أيضا.

ومن أجل ذلك لا تجوز المبالغة والاغراق في مراعاة الذرائع، لأن ذلك قد يؤدي إلى تعطيل كثير من المصالح، فقد يمتنع بعض الناس عن تولي أموال اليتامى أو أموال الأحباس خشية التهمة والخوف من الوقوع في أكل تلك الأموال سدا للذريعة مع أن ذلك قد يؤدي إلى الضرر باليتامى أو المستفيدين من الأحباس بإهمال رعاية أموالهم.

الفرع الثاني : دليل الأخذ بالذرائع :

الدليل على الأخذ بقاعدة الذرائع سدا وفتح الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب :

255 فقوله تعالى : ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾ (129) نهى الله تعالى عن سب الأوثان والأصنام مع أنه في ذاته مباح بل مطلوب لأنه تحقيق لشأن المشركين وإذلال لهم بتوهين

(127) آية 108 - الأنعام.

(128) أصول الفقه لمحمد أبي زهرة ص 288 دار الفكر العربي 1973.

(129) آية 108 - الأنعام.

ماعظموا، نهاهم عن ذلك لئلا يكون ذريعة إلى سب الله تعالى وهو من أكبر المفاسد.

وقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا واسمعوا﴾ (130) نهى الله تعالى المسلمين عن أن يقولوا للرسول : (راعنا) لأن اليهود يحملونه على معنى متعارف لديهم حيث يجعلونه وسيلة إلى شتم الرسول ﷺ، فنهى الله تعالى عن ذلك سدا للذريعة وأمر المسلمين أن يقولوا للرسول ﷺ انظُرنا بمعنى أقبل علينا وانظر إلينا، وأولت الآية على غير هذا، لكن هذا أظهر ما قيل فيها.

وقوله تعالى : ﴿وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ﴾ (131) وقوله تعالى : ﴿وَسْئَلُهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَاعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ، كَذَلِكَ نَبْلُوهُمْ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ﴾ (132) فذم الله اليهود لكونهم تذرعوا للصيد يوم السبت المحرم عليهم بحبس الصيد يوم الجمعة.

256 - أما السنة : فأحاديث كثيرة منها :

1 - قول النبي ﷺ : «إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه قالوا يارسول الله، كيف يلعن الرجل والديه ؟ قال: يسب أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه فيسب أمه) فقد جعل سب الرجل أبا الأجنبي وأمه سبا لوالديه، لأنه وسيلة إليه.

2 - كان النبي ﷺ يكف عن قتل المنافقين مع ظهور حالهم ووضعهم الفتن بين المسلمين، لأن قتلهم ذريعة إلى صرف الناس عنه حيث يقولون إن محمدا يقتل أصحابه، وذلك مما يحمل الكافرين على الطمع في المومنين

(130) آية 104 - البقرة.

(131) آية 65 - البقرة.

(132) آية 163 - الأعراف.

ويجعلهم يصرون على الجحود والعناد، فسدت هذه الطريقة قطعاً لأطماع الكافرين في المومنين.

3 - نهيه ﷺ عن بناء المساجد على القبور وعن الصلاة إليها حذراً من تقديس من فيها وعبادتهم.

4 - نهى ﷺ الدائن عن أن يأخذ هدية من المدين لئلا يؤدي ذلك إلى الربا فتتخذ الهدايا ذريعة إلى الربا.

257 - أما الإجماع : فإن الصحابة قد أجمعوا على كثير من الأحكام اعتباراً لسد الذرائع أو فتحها، فقد أجمع السلف الصالح على توريث المطلقة في مرض الموت حتى لا يجعل الطلاق وسيلة إلى الحرمان من الإرث سدا للذريعة ويسمونه المعاملة بنقيض المقصود، وكذلك أجمعوا على أن القاتل لا يرث وما ذلك إلا اعتباراً لسد الذرائع حتى لا يعتمد الناس على قتل أقاربهم ليستولوا على إرثهم.

والأدلة على الأخذ بالذرائع كثيرة وصل بها ابن القيم إلى تسعة وتسعين دليلاً. (133)

258 - وقد اعتبر القرافي هذه الأدلة قاصرة على معانيها ولا يصح الاستدلال بها مباشرة على سد الذرائع أو فتحها في قضايا أخرى لم يرد بها النص كمسائل بيوع الآجال قال: (فينبغي أن تذكر أدلة خاصة لمحل النزاع، وإلا فتلك الأدلة لاتفيد)، ويقول : وإن قصدوا القياس على تلك الذرائع المنصوصة والمجمع عليها فينبغي أن يكون حجتهم القياس خاصة، ويتعين حينئذ عليهم إبداء الجامع حتى يتعرض الخصم لدفعه بالفارق، ويكون

(133) مراجع الاستدلال على هذا الموضوع : - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج 2 - ص 58 - 59 - المقدمات الممهدة لابن رشد ص 524.

- أصول الفقه للعربي اللوه ص 211 - أصول الفقه الإسلامي محمد مصطفى شلبي 302/1 - أعلام الموقعين لابن القيم ج 3 ص 149 وما بعدها.

دليلهم شيئاً واحداً وهو القياس، والفقهاء الذين استدلوا بتلك النصوص يعتقدون أن مدرّكهم هو تلك النصوص وليس كذلك فتأمل ذلك). (134)

إن ما ذهب إليه القرافي غير ظاهر لأن كثيراً من النصوص تكون عامة ومطلقة كبعض ما ذكرناه سابقاً وكقوله : وَاللَّهِ «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» وقوله : «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبّهات فمن اتقى الشبّهات استبرأ لدينه ومن وقع في الشبّهات كان كالواقع حول الحمى يوشك أن يقع فيه» وقال : «ألا وإن لكل ملك حمى وإن حمى الله محارمه ومن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه».

فليس أصرح من هذه النصوص في العموم والإطلاق، فالنصوص العامة والمطلقة المستدل بها سابقاً، وكذلك هذه الأحاديث الأخيرة تتناول الصالح للاندرج تحتها من غير حصر ويقع التناول بجميع أنواع الدلالات تصريحاً وإشارة وكناية واقتضاء ومفهوماً ومنطوقاً، ويقع الاندرج بجميع أنواع الأقيسة بقياس العلة أو قياس الدلالة أو قياس الشبه أو قياس الطرد أو قياس العكس أو القياس المنطقي.

الفرع الثالث : أقسام الذرائع.

نعرض هنا تقسيم كل من ابن قيم الجوزية والشاطبي والقرافي :

أ - تقسيم ابن قيم الجوزية :

259 - قسم ابن قيم الجوزية الذريعة بالنسبة إلى نتائجها أربعة أقسام:

1 - الوسائل المنهي عنها، وهي مفضية إلى المفسدة، ومثل لها بشرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر، والزنا المفضي إلى اختلاط المياه وفساد الفراش، وليس لهذه الأفعال ظواهر غير الإفضاء إلى المفسدة.

2 - الوسائل الجائزة، التي قصد بها التوصل إلى المفسدة، ومثالها فعل من يعقد النكاح قاصدا به التحليل أو يعقد البيع قاصدا به الربا.

3 - الوسائل الجائزة التي لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة، لكنها مفضية إليها غالبا، ومفسدتها أرجح من مصلحتها ومثالها : سب أرباب المشركين بين أظهرهم فيسبوا الله عدوا، وتزين المتوفى عنها زوجها في زمن عدتها.

4 - الوسائل الجائزة التي لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة، وقد تفضي إلى المفسدة لكن مصلحتها أرجح من مفسدتها ومثالها : النظر إلى المخطوبة والمشهود عليها، وكلمة الحق عند ذي سلطان جائز. (135)

وهذه الأقسام سليمة من حيث الفرض العقلي، ولكن القسم الأول لا يعد من باب الذرائع بل يعد من المقاصد، لأن الخمر والزنا مفسد في ذاتها، وليست ذرائع ولا وسائل لمفاسد أخرى أكثر منها، لأن الكلام في الذرائع أي الوسائل التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور أما الزنا والخمر فظاهرها حرام لا مباح، أما الأقسام الثلاثة الأخرى فتدخل في باب الذرائع.

ب - تقسيم الشاطبي :

260 - قسم الشاطبي الأعمال من حيث ما يترتب عليها من مفسد أو أضرار تلحق غير فاعلها وإن كان مأذونا فيها أربعة أقسام :

1 - الأعمال التي تترتب عنها المفسد قطعيا كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام بحيث إذا دخل أحد إلى الدار فلا شك أنه يقع في البئر.

2 - الأعمال التي لا تؤدي إلى المفسد إلا نادرا كحفر البئر في موضع لا يؤدي غالبا إلى وقوع الناس أو الحيوان فيه.

(135) أعلام الموقعين عن رب العالمين 3/148.

- 3 - الأعمال التي تترتب عنها المفسد كثيرا ويغلب على الظن لا القطع أن تلك المفسد تترتب عنها، كبيع السلاح في وقت الفتن وبيع العنب للخمار.
- 4 - الأعمال التي تترتب عنها مفسد كثيرة لكن تلك الكثرة لاتصل إلى حد يحمل العقل على ظن المفسدة في تلك الأعمال دائما كمسائل بيع الآجال (136) في المذهب المالكي إذ كثيرا ما تفضي إلى الربا. (137)
- فهذه الأقسام الأربعة كل ما أدى منها إلى المفسدة المحققة، أو على سبيل الظن الغالب، فإنها تمنع، لأن سد الذرائع يوجب الاحتياط للفساد ما أمكن الاحتياط ولا شك أن الاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن.
- أما القسم الثاني : من هذه الأقسام والذي لاتؤدي الأعمال فيه إلى المفسد إلا نادرا فإنه لايسد، لأن النادر يلحق بالغالب فالأحكام تناط بالغالب لا بالنادر. (138)

ج - تقسيم القرافي :

261 - قسم القرافي الذريعة إلى ثلاثة أقسام :

- 1 - ما أجمع الفقهاء على سده ومنعه : كحفر الآبار في طرق المسلمين إذا علم وقوعهم فيها أو ظن، وكإلقاء السم في أطعمتهم إذا علم أو ظن أنهم يأكلونها فيهلكون، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها.
- 2 - ما أجمعوا على عدم سده : كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر فإنه لم يقل به أحد، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا.

(136) بيوع الآجال مثل من باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر، فمالك يقول إنه أخرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلا بإظهار صورة البيع لذلك يمنعه والشافعي يقول : ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره فيجوز ذلك (الفرق للقرافي 2/32).

(137) الموافقات بشرح دراز 2/348 - المكتبة التجارية الكبرى بمصر بدوى تاريخ.

(138) الموافقات شرح دراز 2/349 وما بعدها.

3 - ما اختلفوا فيه هل يسد أم لا ؟ كالنظر إلى المرأة لأنه ذريعة للزنا بها وكذلك الحديث معها، ومنها بيوع الآجال في المذهب المالكي، وحكم القاضي بعلمه لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من القضاة السوء. (139)

الفرع الرابع : فتح الذرائع.

262 - أشرنا سابقا إلى أن الذرائع تسد إذا كانت طريقا إلى المفساد وتفتح إذا كانت طريقا إلى المصالح، وكان أكثر الكلام يدور حول سد الذرائع، ونريد هنا أن لا يفوتنا الكلام على فتح الذرائع، فنذكر أن المذهب المالكي أخذ بفتح الذرائع كما أخذ بسدها، ولذلك قال القرافي حسب ما نقلنا عنه سابقا (اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها، وتكره وتندب وتباح، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج). (140)

وبصفة عامة فكل ما يؤدي إلى مصلحة فهو مطلوب كطلب هذه المصلحة فإن كانت واجبة كان واجبا إن تعين طريقا لها، وإن كانت المصلحة مأذونا فيها فقط، كانت الوسيلة مأذونا فيها ومسألة فتح الذرائع تلقب في أصول الفقه بقاعدة (مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب) وتلقب في الفقه (بالاحتياط). (141)

فوسيلة المصلحة قد يسمح بارتكابها ولو كانت حراما بناء على قاعدة فتح الذرائع ومن ذلك :

1 - دفع المال للمحاربين فداء للأسرى من المسلمين، فإن أصل دفع المال للمحارب محرم لما فيه من تقوية له، وفي ذلك الضرر بالمسلمين، ولكنه أجاز

(139) الفروق 2/32 فرق 58.

(140) الفروق 2/33.

(141) مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ص 125 - أصول الفقه للعربي اللوه ص 210.

لأنه يتحقق من ورائه دفع ضرر أكبر وهو منع رق المسلمين وإطلاق سراحهم وتقوية المسلمين بهم.

2 - دفع المال لشخص يأكله حراما حتى لا يرتكب معصية كالزنا وقطع الطريق، ولم يستطع منعها إلا بذلك، ففتح دفع ذلك المال رغم أن فعله حرام ارتكابا لأخف الضررين. (142)

الفرع الخامس : هل سد الذرائع وفتحها خاص بالمذهب المالكي.

263 - اختلفت أقوال العلماء في نسبة الأخذ بالذرائع للأئمة أصحاب المذاهب منهم من قال : إن الإمام مالكا اختص باستعمال الذرائع أصلا تستنبط منه الأحكام، ومنهم من أضاف إليه أحمد بن حنبل، ومنهم من فرق فقال: إن الذرائع الواردة في نصوص من الكتاب والسنة أو التي وقع عليها الإجماع فإن جميع المذاهب أخذت بها.

أما الذرائع التي لم ترد في نصوص، أو التي لم يقع الإجماع عليها، فإن أصحاب المذاهب يتفاوتون في الأخذ بها، وتندرج عندهم تحت قواعد أخرى، ولا تسمى عند بعضهم بالذرائع.

والتفاوت في الأخذ بالذرائع حسب هذا الرأي مرتب كما يلي :

ابن حزم الظاهري يستنكر الأخذ بالذرائع ويسميها أحيانا (الأخذ بالاحتياط) ورأيه هذا ما هو إلا تفريع عن الأصل الذي تأخذ به الظاهرية، وهو عدم الأخذ بالرأي والاجتهاد في الاستنباط، وقصر باب الذرائع على ما تضمنه الحديث الذي رواه النعمان بن بشير (إن الحلال بين وإن الحرام بين وبينهما أمور مشتبهات) لكن قرر أن ما اشتمل عليه الحديث ليس حكما تكليفيا إنما هو للحض على الورع فقط، فالذريعة عنده هنا لا تبلغ إلى درجة التحريم. (143)

(142) فروق القرافي 2/33.

(143) ابن حزم - حياته وعصره، آراؤه وفقهه - للشيخ أبي زهرة ص 430 وما بعدها - دار الفكر العربي - دروس في أصول الفقه - د. نزيه الصادق المهدي ص 97.

ويليه في قلة الأخذ بنظرية الذرائع الإمام الشافعي والإمام أبو حنيفة إلا أن أبا حنيفة يأخذ بنظرية الحيل التي تخرم نظرية الذرائع ومقاصد الشريعة.

أما الإمام أحمد بن حنبل فقد نسب إليه أنه يأخذ بنظرية الذرائع بدرجة أقل مما يأخذ به الإمام مالك، وقد تبع ابن تيمية وابن القيم الإمام أحمد في نظرية الذرائع فقد قال ابن تيمية : (الذرائع حرمها الله، وإن لم يقصد بها المحرم خشية إفضائها إلى المحرم، فإذا قصد بالشئ نفس المحرم كان أولى بالتحريم من الذرائع وبهذا التحريم تظهر علة التحريم في بيع العينة (144) وأمثاله وإن لم يقصد البائع الربا، لأن هذه المعاملة يغلب فيها قصد الربا، فتصير ذريعة، فسد هذا الباب لئلا يتخذها الناس ذريعة إلى الربا.. وللشريعة أسرار في سد الذرائع وحسم مادة الشر بعلم الشارع بما جبلت عليه النفوس). (145)

وقال ابن القيم : (إن باب سد الذرائع أحد أرباع التكليف، فإنه أمر ونهي، والأمر نوعان أحدهما : مقصود لنفسه، والثاني وسيلة إلى المقصود، والنهي نوعان : أحدهما، ما يكون النهي عنه مفسدة في نفسه، والثاني ما يكون وسيلة إلى المفسدة، فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين) (146) وقد استدل على نظرية سد الذرائع بتسعة وتسعين وجهاً. (147)

أما المذهب المالكي :

264 - فقد اشتهر بأخذه بنظرية سد الذرائع وفتحها، بل اشتهر بالأخذ بجميع الأصول التي تستمد من الحياة الاجتماعية حسب ما أشرنا إليه

(144) بيع العينة : أن يبيع شخص لآخر عينا ذهباً أو فضة، ويقبض ثمنها ثم يشتريها بثمن أعلى مؤجل فيكون المعنى أنه اقترض ديناً ليدفعه أكثر.

(145) الفتاوى 240/2 بنقل الشيخ محمد أبي زهرة في كتابه : ابن تيمية حياته وعصره وآراؤه وفقهه ص 502 - 503 - دار الفكر العربي بمصر.

(146) أعلام الموقعين 3/171 - المكتبة التجارية الكبرى بمصر 0955.

(147) المرجع السابق 3/ من صفحة 149 إلى ص 171.

في المباحث السابقة وهي الأصول التي تظهر فيها أسرار التشريع الإسلامي أي العرف والمصلحة والضرورة وسد الذريعة وهذه هي الأسس والموجبات الاجتماعية التي تستند إليها نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المذهب المالكي.

ويعتبر المذهب المالكي أكثر المذاهب أخذا بنظرية الذريعة، فقد قال الشاطبي في الموافقات : إن قاعدة الذرائع حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه. (148)

وهناك مسائل في الفقه مبنية على نظرية الذرائع لاتعرف إلا في المذهب المالكي تحت عنوان (بيوع الذرائع الربوية - وبيوع الآجال). فقد ذكر القرافي في الفروق أن بيوع الآجال يقال عنها أنها تصل إلى ألف مسألة، وإنها مما اختص به مذهب مالك. (149)

وقال القرطبي : (ليس عند الشافعية كتاب الآجال). (150) وقال ابن العربي المعافري : (إن مالكا انفرد بإثبات الذرائع وتابعه عليها أحمد في بعض رواياته، وخفيت على الشافعي وأبي حنيفة مع تبرهما في الشريعة. (151)

وقال القرافي المالكي : (فحاصل القضية أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا لا أنها خاصة بنا). (152)

ومن خلال ما عرضناه من أقوال العلماء يكون جواب السؤال الذي جعلناه عنوان هذه الفقرة : هو أن نظرية سد الذرائع وفتحها ليست خاصة بمذهب مالك، وإنما أخذ بها أكثر من غيره.

(148) الموافقات 4/ 198 الطبعة المشار لها سابقا.

(149) الفروق ج 2 ص 32.

(150) الجامع لأحكام القرآن 2/ 59 طبعة الأوفسيت عن دار الكتاب المصرية 1967.

(151) أحكام القرآن بتحقيق الجاوي 2/ 735 الطبعة الثانية الحلبي.

(152) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول ص 449 - الناشر مكتبات الكليات الأزهرية.

الفرع السادس : دراسة تطبيقية للذريعة في مسألة تأييد التحريم في المخلق بها والمهروب بها

– نقسم هذا الفرع إلى مطلبين :

المطلب الأول : ماهية التخليق والهروب بالمرأة وأحكام ذلك.

المطلب الثاني : سد الذريعة هو أساس تأييد التحريم في الزواج بالمخلق بها والمهروب بها.

المطلب الأول : ماهية التخليق والهروب بالمرأة وأحكام ذلك :

265 – **المخلق :** بتشديد اللام وكسرهما اسم فاعل معناه الرجل الذي يحمل المرأة على خلق يفسد به الرابطة الزوجية من محبة وغيرها، فيوسوس للمرأة في السر حتى تنشز وتسعى للطلاق من زوجها الأصلي، لتتزوج من مخلقها، ففي التخليق يحصل الرضى من المرأة باستعمال الحيل حتى تفارق زوجها الشرعي وتلتحق بمخلقها.

أما الهارب فهو أعم من المخلق، لأن الهروب بالمرأة قد يكون بعد عملية التخليق، وقد يكون بدون عملية التخليق، بل بالغصب والقهر فيهرب بها إلى جهة لا تنالها الأحكام، والهروب قد يكون بالمرأة المتزوجة، وقد يكون بغير المتزوجة، بل بالبكر بينما التخليق لا يكون إلا بالمرأة المتزوجة. (153)

(153) شرح شفاء الغليل على المنهج المنتخب ص 183 محمد بن علي مطبعة البعيلي بالدار البيضاء
1958 – شرح العمل الفاسي للسجلماسي 44/1 شرح العمل الفاسي للوزاني 34/1 – شرح العمل
الفاسي لكتون ص 10.

حكم التخليق والهروب بالمرأة :

266 - الحكم المشهور في المذهب المالكي في التخليق والهروب هو عدم تأييد تحريم الزواج بين الطرفين.

أما الشاذ الذي أفتى به الفقيه المالكي أحمد بن ميسر (154) هو تأييد التحريم في المخلق، واختار العمل بقول ابن ميسر جماعة من الفقهاء وخالفوا مشهور المذهب ومن هؤلاء الفقهاء : ابن عرفة والأبي التونسيين، ومن فقهاء فاس والمغرب أحمد بن يحيى الونشريسي وولده عبد الواحد، والشيخ الزقاق ونظمه في المنهج المنتخب، ويحيى السراج وعبد الواحد الحميدي وأحمد بن عرضون الزجلي، وكتب في تأييد الحكم بتأييد التحريم رسالة نقلها الشريف العلمي في نوازل، (155) واتفق هؤلاء الفقهاء جميعا على تطبيق قول ابن ميسر في المخلق، أما الهارب فقد اختلفوا في شأنه هل يطبق عليه قول ابن ميسر أم لا ؟ فإن كان الهروب نتيجة التخليق فحكمه كذلك أي تأييد التحريم، أما إذا كان الهروب بغضب وقهر للمرأة المتزوجة فذهب الأكثر أيضا إلى قول ابن ميسر وهو تأييد التحريم.

وبهذا الحكم جرى العمل في فاس والمغرب ونظمه الشيخ عبد الرحمن الفاسي بقوله:

وأبدوا التحريم في مخلق وهارب سيان في محقق

267 - أما إذا كانت المهروب بها غير متزوجة، فإن حكمها يختلف بعض الشيء، إذ أفتى في شأنها الشيخ أبو الفضل راشد حيث سئل فيمن هرب بصبية بكر مهملة إلى بلده فتزوجها نكاحا صحيحا بزعمه، من أن القول

(154) أحمد بن ميسر : هو أبو بكر أحمد بن خالد بن ميسر الأسكندري روى عن ابن المواز كتبه وعن مطروح وابن شاكر وسعيد بن مجلون وغيرهم، ألف كتاب الإقرار والإنكار، توفي سنة 339 - راجع شجرة النور الزكية لمخلوف ص 80.

(155) ج 1 ص 35 - 55.

قولها أنها لم تشهد بالرضى طائعة، وإنما أظهرت الرضى تقية، وصوب فسخ النكاح لعلّة عدم تحقق رضاها لسبقية الغصب، قال : والظاهر أنه إذا تحقق زوال الإكراه وعلم منها الرضى طائعة أن النكاح يصح، وعلق على هذه الفتوى الشيخ السجلماسي قائلاً: (يحتمل أن تكون فتوى أبي الفضل راشد هذه جارية على المشهور المقابل لما جرى به العمل ويحتمل أن يكون جريان العمل المذكور خاصاً بالهارب بالمتزوجة فانظر ذلك). (156)

وقد وقعت مناظرة حول قضية التخليق والهروب بالمرأة بين القاضي إبراهيم الجلالي (157) والمفتي عبد الله آجليان، (158) فكان قد سبق للقاضي الجلالي أن حكم بتأبيد التحريم فجاء المحكوم عليه إلى الفقيه عبد الله آجليان فأفتاه بعدم تأبيد التحريم، وقد ألف القاضي الجلالي بسبب ذلك كتابه (تنبيه الصغير من الولدان على ما وقع في مسألة الهارب مع الهاربة من الهذيان لمدعي استحقاق الفتوى آجليان). (159)

المطلب الثاني : سد الذريعة هو أساس تأبيد التحريم في الزواج بالمخلق بها والمهروب بها

268 - ذهب الفقهاء الذي رجحوا الشاذ على المشهور في هذه المسألة إلى أن أساس الترجيح هو قاعدة سد الذريعة وما يتفرع عنها من قواعد كقاعدة

(156) شرح العمل الفاسي للسجلماسي 46/1.

(157) القاضي الجلالي : هو إبراهيم بن عبد الرحمن الكلالي، أشهر علماء بني ورياكل في عصره، تعلم في مسقط رأسه على والده وعلماء قومه، ثم ذهب إلى فاس لإتمام دراسته، اشتغل بالقضاء والإفتاء والتدريس والتوثيق، له تنبيه الصغير من الولدان في الرد على المفتي عبد الله آجليان وله فتاوي أورد المات منها عبد العزيز الزياتي في الجواهر المختارة - راجع الحركة الفكرية بالمغرب في عهد السعديين د. حجي 2-91.

(158) عبد الله آجليان : الزجلي قرأ في بلاد غمارة وفاس اشتغل في مسقط رأسه بالتدريس والإفتاء، اختلف مع قاضي بني ورياكل إبراهيم الكلالي في مسألة التخليق والهروب بالمرأة. هل يوجب تأبيد التحريم أم لا ؟ توفي حوالي سنة 1040 - راجع الحركة الفكرية بالمغرب في عهد السعديين د. حجي 2/460.

(159) الحركة الفكرية في عهد السعديين د. حجي 1/309.

المعاملة بنقيض المقصود، ومن استجعل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، وكل هذه القواعد من أصول المذهب المالكي والموجب الاجتماعي لهذا الترجيح هو أنه في فترات ضعف الأمن الداخلي يكثر الهروب بالفتيات، وكذلك يحصل من ذوي الأخلاق الفاسدة القيام بأعمال التحريض للزوجات على النشوز من أزواجهن والتطليق منهم، ويكثر هذا في البادية سيما بين زوجة الخماس وصاحب الأرض الفلاحية الذي يشتغلون معه في الفلاحة، فلما ضج المجتمع من هذه المفاصد قرر الفقهاء أنه من الواجب عليهم أن يحسموا مادة الفساد، ويسدوا كل باب يوصل إلى المعاصي وقالوا : إن القول بسد الذرائع الفاسدة من أصول مذهب مالك، فقال أحمد بن عريضون : (فالواجب أن نجتهد جهدنا في سد الذريعة لهذه الفاحشة وهي هروب الرجال بالنساء، ولهذا اختار العلماء الصلحاء ممن سلف، الفتوى في هذه البلاد بتأييد التحريم للهاربة على من هرب بها، وإن كان على خلاف المشهور سدا للذريعات الفاسدات والمفسدين وقد قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور» ولا فجور أعظم من هذه الفاحشة التي نتكلم في أمرها، فلو لم يكن نص لعلماء المذهب المالكي في تحسيم هذه المفسدة وتحسيم مادتها ووجدنا فيها قولاً خارجاً يقتضي تحسيم مادتها، لتعين علينا أن نرتكبه في قطع هذه المفسدة وتحسيم مادتها، ولم يزل أهل الفتوى والقضاء يختارون الفتوى بقول شاذ ويحكمون به لدليل ظهر لهم في ترجيحه. (160)

ويقول : فمن باب أولى وأحرى أن نفتي في قطع مادة هذه المفسدة بقول شاذ موجود في المذهب وهو مذهب الإمام أحمد بن مسير، وهو من الأئمة المالكية وقد عرف به عياض في المدارك، وقوله موافق لقواعد المذهب المالكي، فوجب المصير إليه والاعتماد عليه قطعاً لمادة الفساد، واختار العمل بهذا

(160) نوازل العلمي ج 1 ص 36 - 37.

القول الفقهاء الأجلة، وخالفوا القول المشهور، وما ذلك منهم إلا مراعاة للقاعدة الجارية في سد الذرائع وحسم مادة الفساد وردع الجناة. (161) وعللوا سبب عدم الأخذ بالمشهور، لأن المشهور يجيز الزواج للمخلقين والهاربين، وذلك فيه ترخيص لأهل الفساد في فسادهم، ويعينهم على مقاصدهم الفاسدة. (162)

ورغم ما قد يترتب على الترخيص بالزواج من إحلال النكاح الشرعي بدل استمرار الزنا، فإن هذا لا يقوى على المفاصد الناتجة عن التخليق والهروب بالنساء إذ يفرق بين الأزواج الأصليين، ويقضي على قواعد الزواج من وجود الولي ورضاه ورضى الزوجة، إذ المخلق بها يكون رضاها معييا والمختطفة يكون رضاها منعما.

(161) المرجع السابق، بتصرف ج 1 - 37.

(162) المرجع السابق، 37/1 وما بعدها.

الفصل الرابع

الضرورة والحاجة

ندرس هذا الفصل في الفروع التالية :

الفرع الأول : التعريف بالضرورة والحاجة والفرق بينهما.

الفرع الثاني : أدلة مشروعية رعاية حالة الضرورة والحاجة.

الفرع الثالث : حدود مراعاة حالة الضرورة والحاجة في المذهب المالكي.

الفرع الرابع : دراسة تطبيقية لمراعاة حالة الضرورة والحاجة في شهادة اللفيف.

الفرع الأول : التعريف بالضرورة والحاجة والفرق بينهما.

269 - الضرورة : هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بأحد الأعضاء أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح حينئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب أو تأخيرها عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع. (163)

فهذا التعريف يشمل جميع أنواع الضرورة وهي ضرورة الغذاء والدواء والانتفاع بمال الغير، والمحافظة على مبدأ التوازن العقدي في العقود، والقيام

(163) نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي د. وهبة الزحيلي ص 65.

بالفعل تحت تأثير الرهبة والإكراه، والدفاع عن النفس والمال ونحوهما، وترك الواجبات الشرعية المفروضة.

وهذا هو المعنى العام للضرورة، وهناك معنى خاص لها يقتصر على دفع ضرر خارجي قاهر كالحريق أو ضرر داخلي كالجوع. والمعنى الأخص للضرورة هو الشائع عند العلماء.

ومسائل العمل تبني على الضرورة بمعناها العام، ولا يقتصر فيها على الضرورة بمعناها الخاص، بل تبني أيضا حتى على الحاجة، لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة.

270 - والحاجة : هي ما يترتب على عدم إزالتها عسر وصعوبة، فهي دون الضرورة ولا يتأتى معها الهلاك. (164) فالفرق بين الضرورة والحاجة هو : أن الضرورة أشد باعثا من الحاجة، فالضرورة مبنية على فعل ما لا بد منه للتخلص من المسؤولية، ولا يسع الإنسان الترك، وأما الحاجة فهي مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع الإنسان تركه.

وليس هناك ضابط محدد للحاجة نظرا لتغير مدلولها وتطور مفهومها فما قد يكون حاجة بالأمس قد يصبح ضرورة في الحاضر والغد، وما لم يكن حاجة في الماضي قد يصبح حاجة ملحة في الوقت الحاضر والمستقبل، فالمرجع هو اطمئنان القلب واجتهاد المضرط، ولا يصح ربط الحاجة بهوى الشخص، (165) والجدير بالملاحظة أن معظم مسائل العمل مبنية على الحاجة وقل ما تبني على الضرورة، لكن استمرار الحاجة وبقائها يؤدي في الغالب إلى حالة الضرورة والفقهاء المالكية يطلقون لفظ الضرورة ويريدون به ما

(164) مدخل الفقه الإسلامي لجماعة من أساتذة كلية الشريعة بالأزهر ص 171 دار الفكر العربي بمصر.

درر الحكام شرح مجلة الأحكام - علي حيدر تعريب فهمي الحسيني 1/34، دار العلم للملايين.

(165) نظرية الضرورة الرعية للمقارنة مع القانون الوضعي د. وهبة الزحيلي ص 266 وما بعدها.

يشمل الحاجة والضرورة، كقول ابن عاصم في التحفة : (ورخصوا في الزبل للضرورة) وكقول عبد الفاسي في نظم العمل :

وأجرة الخماس أمر مشكل وللضرورة بها تساهل

فالحاجة إلى الزبل لتخصيب الحقول، والحاجة إلى الخماس للأشغال الفلاحية لا تبلغ في أول الأمر إلى درجة الهلاك الموجودة في حالة الضرورة.

الفرع الثاني : أدلة مشروعية رعاية حالة الضرورة والحاجة.

271 - من الأصول العامة المقطوع بها والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية مبدأ اليسر والتسهيل والتسامح والاعتدال ودفع الحرج والمشقة في الأحكام الشرعية سواء أكان الحكم منصوحاً عليه صراحة في الشريعة أم مستنبطاً بواسطة الفقهاء، فخاصية الإسلام الرفق بالناس حتى أنه لا يجوز لأحد أن يعرض عن الأحكام الإسلامية متذرعاً بالعسر والضيق، لأن الله سبحانه وضع في حالة العسر والضيق أحكاماً استثنائية ورخصاً مناسبة للظروف التي أصبح الإنسان مكرهاً عليها. وبذلك تميزت الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع السماوية والوضعية، فقد كانت الشرائع السابقة كاليهودية والنصرانية تشتمل على أحكام شاقة مناسبة لأوضاع الأمم القديمة، مثل اشتراط قتل النفس للتوبة من العصيان والتخلص من الخطيئة، قال تعالى حاكياً هذا الأمر في القرآن الكريم : ﴿فاقتلوا أنفسكم ذلكم خير لكم عند بارئكم﴾ (166) ومثل تطهير الثوب بقطع موضع النجاسة منه، وإيجاب ربع المال في الزكاة وبطلان الصلاة في غير موضع العبادة المخصص، ونحو ذلك مما أشار إليه القرآن الكريم إجمالاً، قال الله تعالى: ﴿ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا﴾ (167).

(166) آية 54 - البقرة.

(167) آية 286 - البقرة.

ونطاق التيسير ودفع المشاق وإزالة حالة الضرورة لا يقتصر في الإسلام على شؤون العبادات، بل يتسع لجميع الأحكام من معاملات مدينة وتصرفات شخصية وعقوبات جزائية وتشريعات قضائية ونحوها. ونستدل ببعض الآيات والأحاديث على كون الشريعة الإسلامية راعت حالة الضرورة والحاجة، فأباحَت الممنوع ورخصت في ترك الواجب.

272 - هناك آيات قرآنية يفهم منها إباحة المحرمات كلها عند وجود ضرورة الغذاء من ذلك قوله تعالى :

أ - ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه، إن الله غفور رحيم﴾. (168)

ب - ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق، اليوم يئس الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم واخشون، اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً، فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم﴾. (169)

ذكر الله سبحانه في الآيتين المطعومات المحرم تناولها في الإسلام ثم ربط ذلك باستثناء يقضي بإباحة أو بإيجاب تناول تلك المحرمات إذا كان الإنسان في حالة ضرورة، لأن الهلاك بالجوع أخطر من سموم تلك المحرمات، وربما الجهاز الهضمي في حالة الجوع يكون قويا قادرا على هضم سموم تلك المحرمات والله أعلم.

(168) آية 173 - البقرة.

(169) آية 3 - المائدة.

ومن آيات رفع الحرج قوله تعالى :

ج - ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾. (170)

د - ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾. (171)

هـ - ﴿يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا﴾. (172)

و - ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾. (173)

273 - ونقتصر على بعض الأحاديث أيضا فمن ذلك قوله ﷺ :

أ - «عن أبي واقد الليثي قال : قلت : يا رسول الله إنا بأرض تصيينا مخصصة، فما يحل لنا من الميتة ؟ فقال : إذا لم تصطبحوا ولم تغتبقوا ولم تحتفتوا بها بقللا فشأنكم بها» (174) رواه أحمد، فالحديث في إباحة الميتة ومعناه إذا لم تجدوا البنية الألبان تضطبحونها أي تشربونها صباحا أو غبوقا أي مساء أو لم تحتفتوا أي تجدوا ثمرا تأكلونه حلت حينئذ الميتة.

ب - (عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال في الجنين (ذكاته ذكاة أمه) رواه أحمد والترمذي وحسنه وابن ماجه وصححه والدارقطني وابن حبان وصححه. فالجنين وإن خرج ميتا يحل أكله لأن ذكاة أمه تنسحب عليه للضرورة. (175)

ج - حديث في إباحة مال الغير حال الضرورة :

روى ابن ماجه بسنده عن أبي بشر جعفر بن إياس قال : سمعت عباد ابن شرحبيل قال : أصابنا عام مخصصة، فأتيت حائطا من حيطانها فأخذت سنبلًا ففركته وأكلته، وجعلته في كسائي، فجاء صاحب الحائط فضربني

(170) آية 78 - الحج.

(171) آية 185 - البقرة.

(172) آية 28 - النساء.

(173) آية 286 - البقرة.

(174) نيل الأوطار للشوكاني 156/8 مطبعة البابي الحلبي 1961.

(175) نيل الأوطار للشوكاني 150/8 طبعة البابي الحلبي 1900.

وأخذ ثوبي فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته فقال للرجل : (ما أطعمته إذ كان جائعاً أو ساغباً ولا علمته إذ كان جاهلاً، فأمره النبي ﷺ أن يرد إليه ثوبه، وأمر له بوسق من طعام أو نصف وسق).

د - حديث في حالة الدفاع عن النفس أو المال أو العرض :

عن سعيد بن زيد قال : قال رسول الله ﷺ : «من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد» رواه أصحاب السنن (أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه).

وهناك عدة أحاديث تفيد أن الإسلام يسر منها : حديث جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال : (بعثت بالحنيفية السمحة) أخرجه أحمد في مسنده. وحديث أنس أن رسول الله ﷺ قال : «يسروا ولا تعسروا وسكنوا ولا تنفروا» رواه البزار. (176)

الفرع الثالث : حدود مراعاة حالة الضرورة والحاجة في المذهب المالكي.

273 - نجد لفقهاء المذهب حدين في مراعاة حالات الضرورة والحاجة، جانب يتوسع فيها بالقياس. (مطلب أول).
وآخر يضيق منها ويقصرها على الحالات المنصوصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : التوسع في حالات الضرورة.

274 - إن الاتجاه العام الذي عليه أكثر الفقهاء، يقول بجواز التوسع في حالات الضرورة والحاجة عن طريق القياس على الرخص المباحة للضرورة، ويقول : إنه لا يلزم الوقوف عند حالات الضرورة الواردة في نصوص

(176) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي ج 1 ص 60 - 61.

معينة، بل تجوز إضافة حالات جديدة اقتضتها الظروف فقد فقال الفقهاء: (إنه تجوز المعاملة الفاسدة لمن لا يجد مندوحة عنها كالإجارة والشركة والمزارعة وغير ذلك من سائر المعاملات على وجه لايجوز في الاختيار، وقد روي عن الفقيه ابن عشرين أنه خاف على زرعه فاستأجر عليه إجارة فاسدة حين لم يجد الجائزة) (177) ومثله لو عم الحرام الأسواق ولا مندوحة عن ذلك فقد قال الإمام الشاطبي في الاعتصام : (إنه لو أطبق الحرام الأرض، أو ناحية من الأرض يعسر الانتقال منها، وأنسدت طرق المكاسب الطيبة، ومست الحاجة إلى الزيادة على سد الرمق فإن ذلك سائغ أن يزيد على قدر الضرورة، ويرتقي إلى قدر الحاجة في القوت والملبس والسكن، إذ لو اقتصر على سد الرمق لتعطلت المكاسب والأشغال ولم يزل الناس في مقاساة ذلك إلى أن يهلكوا وفي ذلك خراب الدين، لكنه لا ينتهي إلى الترفه والتنعيم كما لا يقتصر على قدر الضرورة قال الشاطبي : (وهذا ملائم لتصرفات الشرع وإن لم ينص على عينه، فإنه قد أجاز أكل الميتة للمضطر والدم ولحم الخنزير وغير ذلك من الخبائث المحرمات، وحكى ابن العربي الاتفاق على جواز الشبع عند توالي الخمصة وإنما اختلفوا إذا لم تتوال، هل يجوز له الشبع أم لا ؟ وأيضا فقد أجازوا أخذ مال الغير عند الضرورة أيضا). (178)

ويذكر فقهاء المالكية أنه لا يشترط في الضرورة أن يصل الإنسان إلى حال يشرف فيها على الموت، لأن الأكل فيه لا يفيد، وله أن يصل إلى حد الشبع كما هو المعتمد في المذهب، ولا يقف عند حد سد الرمق، وله أن يتزود من المحرم لكنه إذا وجد الحلال واستغنى به عنه وجب عليه أن يطرح الحرام (179) ومما يدخل في معنى حالة الضرورة ما ذكره الشيخ خليل والزرقاني وعليش في شرحهما عليه : (إن المرأة التي لاتجد ما يسد رمقها

(177) النوازل الكبرى للمهدي الوزاني 250/9.

(178) الاعتصام للشاطبي 107/2.

(179) شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ عليش 596/1.

أي بقية حياتها إلا حال تمكينها نفسها لمن يزني بها فيباح لها ذلك، وتتناول ما يشبعها حينئذ لا قدر ما يسد رمقها فقط، والظاهر أن مثل سد رمقها سد رمق صبيانها إن لم تجده إلا لمن يزني بها قياساً على قوله أو قتل ولده، ومفهوم قوله لا تجد عدم جواز إقدامها على ذلك مع وجود ميتة تسد رمقها وهو كذلك لأن الميتة مباحة للمضطر... (180)

وقالوا : إن صبر المكره المضطر في حالة الزنا أجمل وأفضل له، وأكثر ثواباً من إقدامه على الزنا. (181)

وذكر الدكتور وهبة الزحيلي أن المضطر لا يجوز له أن يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية الأساسية كالزنا والقتل والكفر والغصب بأي حال لأن هذه مفسدات في ذاتها. (182)

ذكر المقري في قواعده والزقاق في المنهج المنتخب أنه إذا كانت قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) أصل ثابت في الميتة والخمر للغصة ومال الغير فإنه اختلف المالكية في الربويات ونحوها هل تباح للحاجة والضرورة أم لا ؟ وذكر الزقاق الربويات المختلف في التعامل فيها وذهب شارحه الشيخ المنجور إلى أن الأصل فيها المنع للسلف بمنفعة وأبيحت للضرورة تقديم مصلحة حفظ المال وصيانته من التلف ومصالح الناس، فذكر جواز التعامل بالسفجة والربا في الطعام والنقود وتبديل القمح السائس بالسالم والطعام الأخضر باليابس في عام المجاعة والكعك للحاج يأخذه ببلد أخرى على وجه السلف هنا. (183)

(180) شرح الزرقاني على مختصر خليل 4/88 - شرح منح الجليل على مختصر خليل لعليش 2/214 - شرح الحطاب على المختصر 3/233.

(181) المراجع السابقة.

(182) نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ص 67.

(183) شرح المنجور على المنهج المنتخب ج - 2 ص 1 - م 6.

- شرح شفاء الغليل على المنهج المنتخب محمد بن علي ص 189.

وزيادة في عرض اجتهادات الفقهاء الذين يتوسعون في حالات الضرورة نذكر أن الشيخ المهدي الوزاني نقل في نوازله الكبرى أقوالاً تفيد أن المعاملات الفاسدة تجوز للضرورة وأن الباب متسع وقال : (فأنت ترى التنصيص على الرخصة في هذه المسائل مع عموم البلوى (184) بها في أقطار الأرض واستمرار عمل الناس بها لما فيه من الرفق بالضعفاء في معاشهم.. وقد قال الشيخ عبد القادر الفاسي نقلاً عن الشيخ ابن لب إن عمل الناس في بعض الأمصار بغير المذهب للضرورة سائغ جائز. وقال الشيخ عمر الفاسي : ما ذكر من جواز ارتكاب الأقوال الضعيفة إن دعت الضرورة إلى ذلك، ولم يجد المرء مندوحة عن ذلك صحيح وبه أفتى جمع من أئمة المتأخرين. (185)

ومن خلال الآراء التي عرضناها يظهر المدى المتسع الذي وصل إليه جانب من الفقه المالكي في مراعاة حالات الضرورة والحاجة.

المطلب الثاني : التضييق من حالات الضرورة.

275 - ينسب هذا الرأي للمازري والشاطبي في الموافقات، إلا أن هناك اضطراباً واستشكالا بالنسبة لرأي الشاطبي، إذ تقدم لنا عرض رأيه في الاعتصام، وأنه يذهب هناك إلى التوسع في حالات الضرورة والحاجة ويقول بالقياس وبعدم الوقوف عند الحالات المنصوصة. أما في كتاب الموافقات فهناك رأيان : رأي صريح يقول بالتضييق في حالات الضرورة وسنعرضه بعد، وهناك رأي غير صريح نسبته إليه الدكتور وهبة الزحيلي يقول فيه بالتوسع في استخدام حالات الضرورة بالقياس وغيره لكنه لم يأخذ ذلك من نص صريح بل من بعض المطلقات والعمومات التي تتعلق

(184) البلوى معناها شيوع البلاء بحيث يصعب على المرء التخلص والابتعاد عنه وهو سبب من أسباب التخفيف.

(185) النوازل الكبرى 250/9.

برفع الحرج، فقد قال الدكتور وهبة الزحيلي : (أجاز الإمام مالك القياس في الرخص الشرعية أخذاً بمبدأ التيسير والتسهيل على الناس، وتبعه في ذلك الإمام الشاطبي حيث قال في الموافقات : إن الأدلة على رفع الحرج عن هذه الأمة بلغت مبلغ التواتر والقطع كقوله تعالى : ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ ونحو ذلك مما في هذا المعنى وقد سمي هذا الدين «الحنيفية السمحة» لما فيها من التسهيل والتيسير، والتخصيص ببعض الرخص دون بعض تحكم من غير دليل...

ومفهوم هذا الكلام من الشاطبي يدلنا على أنه ليس من الضروري خلافاً لما يراه أكثر الفقهاء، التزام مواضع الرخصة التي وردت، أو ذكرها الفقهاء، فإن هذه الرخص وإن كانت في الظاهر مستثنيات يقتصر فيها على المواطن التي وردت فيها إلا أن لها ظاهرة من العموم لكونها ترجع إلى قاعدة : (التيسير والتسهيل ورفع الحرج). (186)

276 - لكن ما استنتجه الدكتور الزحيلي من كلام الشاطبي عن الأخذ بالرخصة في مواجهة العزيمة، يختلف عما صرح به الشاطبي أثناء الكلام في منع تتبع رخص المذاهب حيث قال الشاطبي : (وربما استجاز هذا - أي تتبع رخص المذاهب - بعضهم في مواطن يدعي فيها الضرورة وإلجاء الحاجة، بناء على أن الضرورات تبيح المحظورات، فيأخذ عند ذلك بما يوافق الغرض..

ومحال الضرورات معلومة من الشريعة، فإن كانت هذه المسألة منها فصاحب المذهب قد تكفل ببيانها أخذاً عن صاحب الشرع، فلا حاجة إلى الانتقال عنها، وإن لم تكن منها فزعم الزاعم أنها خطأ فاحش ودعوى غير مقبولة.

186) نظرية الضرورة في الشريعة ص 307.

وقد وقع في نوازل ابن رشد من هذا مسألة نكاح المتعة، ويذكر عن الإمام المازري أنه سئل : ما تقول فيما اضطر الناس إليه في هذا الزمان - والضرورات تبيح المحظورات - من معاملة فقراء أهل البدو في سني الجذب، إذ يحتاجون إلى الطعام فيشترونه بالدين إلى الحصاد أو الجذاذ، فإذا حل الأجل قالوا لغرمائهم : ما عندنا إلا الطعام فربما صدقوا في ذل، فيضطر أرباب الديون إلى أخذه منهم، خوفا أن يذهب حقهم في أيديهم بأكل أو غيره، لفقرهم ولاضطرار من كان من أرباب الديون حضريا إلى الرجوع إلى حضرته، ولا حكام بالبادية أيضا، مع ما في المذهب في ذلك من الرخصة إن لم يكن هناك شرط ولا عادة، وإباحة كثير من فقهاء الأمصار لذلك وغيره من بيوع الأجال خلافا للقول بالذرائع.

فأجاب : إن أردت بما أشرت إليه إباحة أخذ طعام عن ثمن طعام هو جنس مخالف لما اقتضى، فهذا ممنوع في المذهب - لأنه يؤول الأمر إلى بيع طعام بطعام نسيئة - ولا رخصة فيه عند أهل المذهب كما توهمت.(187) وهكذا لم يعتبر المازري الحاجة والاضطرار إلى التعامل بالطعام بدون واسطة، الأمر الذي يترتب عنه التعامل بالربا المحرم، حالة تدخل في باب الضرورة.

ولما ذكر الشاطبي أن الإسلام يسر وأنه لا حرج فيه ولا ضرر ولا إضرار. أجاب : وأنه مع ذلك يجب التمسك بما هو منصوص ولو كان فيه مشاق لأن التكاليف كلها شاقة ثقيلة، وأنه ليس كل مشقة تقتضي رفع التكاليف، وإلا (لزم ذلك في الطهارات والصلوات والزكوات والحج والجهاد وغير ذلك، ولا يقف عند حد إلا إذا لم يبق على العبد تكليف وهذا محال فما أدى إليه مثله، فإن رفع الشريعة مع فرض وضعها محال)(188) وقد سبق للشاطبي في كتاب المقاصد أن حل المشاق الشرعية وأنها مشتملة على

(187) الموافقات 4/146.

(188) الموافقات 4/149.

المصالح أكثر من المضار فمثلا الجهاد والقصاص تكاليف شاقة، ولكن المصالح المترتبة عنهما من إعزاز الإسلام والمسلمين وأوطانهم وحفظ الأمن بينهم يربوا على المضار الناتجة عن إزهاق بعض الأنفس.

ونستنتج مما تقدم أن فريقا من المالكية يضيقون من حالات الضرورة في باب الربويات، وأنه يجب الاقتصار على حالات الضرورة المنصوصة. وكذلك نجد للإمام الشاطبي موقفين، موقف توسع فيه في حالات الضرورة وذكره في الاعتصام، وموقف آخر ضيق فيه من حالات الضرورة وذكره في الموافقات.

الفرع الرابع : دراسة تطبيقية لمراعاة حالة الضرورة والحاجة في شهادة غير العدول (شهادة اللفيف).

نلقي نظرة عامة على تطور الإثبات بالشهادة وظهور العمل بشهادة اللفيف (مطلب أول).

ثم الأساس الذي بنيت عليه وهو الضرورة والحاجة (مطلب ثان).

ثم قيمة شهادة اللفيف في الوقت الحاضر (مطلب ثالث).

المطلب الأول : تطور الإثبات بالشهادة وظهور شهادة اللفيف :

277 - الأصل في إثبات الوقائع والتصرفات في الفقه الإسلامي أن يكون بشهادة عدلين وذلك لأن الله سبحانه وتعالى شرط بغير ما آية العدالة في الشاهد وهي اجتناب الذنوب الكبائر وغالب الصغائر وكذلك المباحات التي تخل بمروءة الإنسان وتحط من قدره فقوله تعالى : ﴿واستشهدوا شهيدين

من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من
الشهداء. (189)

دليل واضح في اشتراط العدالة في الشاهد، ثم أن يكون مرضيا في
المجتمع الذي يشهد فيه ولا يرتكب ما يعتبر مخلا بوصف الرضا في ذلك
المجتمع.

كان وصف العدالة موجودا في كثير من الناس لتأثير المبادئ الإسلامية
في نفوسهم ولم يكن هناك سجل خاص بالعدول المنتصبين للشهادة بل كان
القاضي يقبل الشهود ولو لم يكونوا منتصبين للشهادة، بل بمجرد تزكيتهم
عنده وثبوت وصف العدالة فيهم، ولما ضعف الوازع الديني وفسد الزمن
واتسعت الأمصار واشتبهت الأحوال أفتى الفقهاء بحصر قائمة العدول (190)
المنتصبين ليسهل على القاضي معرفة عدالة الشهود وكان يشترط في الشاهد
المنتصب زيادة على العدالة المعرفة بالفقه والتوثيق، (191) وكان يبقى الحق
للقاضي قبول شهادة العدول غير المنتصبين إذا ثبتت تزكيتهم عنده.

وقد تكلم الفقهاء الأقدمون على قبول الإثبات بالعدد الكثير من الناس
الذين يبلغون إلى حد التواتر، بحيث يستحيل تواطؤهم على الكذب ويحصل
بخبرهم العلم القطعي ويخبرون عن محسوس لا عن معقول، (192) وتكلموا
على إثبات اللوث في القسامة بلفيف الشهداء إثني عشر فأكثر بدون اشتراط
العدالة إلا ستر الحال، وهو يأتي في الدرجة بعد عدل واحد، ولم يكن

(189) آية 282 - البقرة.

(190) وقد صدرت في عهد الحماية وعهد الاستقلال، عدة ظواهر ومراسيم وقرارات ومناشير تنظم
مهنة العدول وتنظم شؤون التوثيق كتسجيل الشهادات في دفتر الجيب ودفاتر المحكمة، ومع
ذلك فإن هذه التنظيمات لم تصلح جوهر مهنة العدول والتوثيق، إذ ما يزال العدول موكولون
إلى ضمانتهم وباستطاعة العدول أن يفتروا شخصا ويفنوا آخر، ومن أجل ذلك لابد من إحداث
أساليب ووسائل فنية تسد باب التزوير أمام العدول.

(191) مقدمة ابن خلدون ص 225 طبعة دار البيان.

(192) شرح عمر الفاسي على لامية الزقاق م 12 / ص 1.

- شرح الرهوني التطواني على لامية الزقاق 2/52.

يثبتون به إلا اللوث أما باقي الحقوق فلم يكونوا يقبلون الإثبات فيها بمجرد اللفيف. (193) وتكلموا على الإثبات بشهادة الصبيان فيما يحصل بينهم بشروط متعددة، (194) وعلى الإثبات بشهادة النساء فيما يقع بينهن من ضرب وجراح في المآثم والأعراس والحمام. (195)

أما شهادة اللفيف :

278 - حسب ما جرى به العمل في المغرب والتي تثبت الحقوق المالية وغيرها وتعادل شهادة عدلين عند فقدان العدول أو عدم تيسر حضورهم، فإنها لم تكن معروفة في القرن التاسع الهجري، فقد ذكر الشيخ العربي الفاسي في رسالة اللفيف أنه أدرك العمل يجري بشهادة اللفيف وكان ذلك حوالي سنة ألف هجرية وقال إنه لا يدري متى حدث قبل ذلك. وقد سئل الشيخ أبو الحسن الصغير المتوفى بفاس سنة تسع عشرة وسبعمائة 719 عن رسم فيه أحد وثلاثون رجلاً هل يكتفى بمجرد العدد أو لابد من عدلين، فقال لابد من عدلين أو ينتهي حال الذي أدوا عنده إلى العلم القطعي كالتواتر، فدل ذلك على أن اللفيف الذي جرى به العمل لم يكن في زمانه، وإن الذي كان معروفاً في زمانه وقبله هو التواتر. (196)

ويبدو أن اللفيف الذي جرى به العمل نشأ بالتدريج خلال القرن العاشر ولم ينشأ دفعة واحدة.

(193) شرح توضيح الأحكام على تحفة الحكام للتوزري 4/136.

(194) تبصرة ابن فرحون 2/87 طبعة الحلبي 1958.

(195) شرح عمر الفاسي على لامية الزقاق م 13 / ص 2.

(196) شرح الرهوني التطواني على الزقاقية 2/55.

279 - وصورة العمل الجاري في الليف هو : أن المشهود له يأتي باثني عشر رجلا إما مجتمعين أو متفرقين إلى عدل منتصب للشهادة فيؤدون شهادتهم عنده فيكتب رسم الاستعاء على حسب شهادتهم ويضع أسماءهم عقب تاريخه كما يشير إلى ذلك في أول الرسم، ثم يكتب رسما آخر تحت هذا الرسم فيه تسجيل القاضي أي الشهادة عليه بثبوت الرسم الأعلى وصحته عنده، ويترك موضع اسم القاضي بياضا، ثم يطالع القاضي بذلك فيكتب القاضي بخطه تحت أسماء الشهود : شهدوا لذا من قدم لذلك بموجبه فثبت، ويضع علامته في موضع البياض في الرسم الثاني، ثم يضع عدلان علاميتهما في أسفل هذا الرسم الثاني شهادة على القاضي بمضمونه، وكثيرا ما يخاطب القاضي تحت العلامتين بالأعلام باستقلاله إذا احتج إلى ذلك، وإنما يفعل القاضي ذلك في رسم الليف والتسجيل عليه بصفة عامة إذا طولع به في داخل ستة أشهر من تاريخ كتابته، وإما إذا تأخر عن ستة أشهر فإنه يلغيه ولا يكتب عليه ولا يحكم به. ويجوز للخصم أن يطلب استفسار الشهود داخل ستة أشهر. (197)

280 - والجدير بالذكر أن وزارة العدل أصدرت عدة منشور تؤكد فيها بعض جوانب كيفية توثيق شهادة الليف كالمنشور عدد 10.405 الصادر بتاريخ 7 مارس 1949 في إلزام العدول بأن يذكروا في طالعة الليف من هو طالب إقامته لكي يؤدي واجب إدارة التسجيل. (198)

وكالمشور عدد 14714 الصادر بتاريخ 3 نونبر 1959 في شأن كيفية تأسيس الوثيقة وتحريرها، فتعرض لوجوب ذكر أسماء الليف وعناوينهم ومهنتهم وحالتهم المدنية، ورقم ورقة التعريف وتاريخها والمركز الذي سجلت فيه، ووجوب نص العدول على معرفة الليف أو وصفهم وصفا كافيا يحصل به التمييز، ووجوب ذكر الأتمية في حق الليف أي الصحة

(197) شرح عمر الفاسي على لامية الزقاق م 13 ص: 2.

(198) المجموعة المنيرة، ص : 102 مطبعة (ماروك ماتن) 1952.

والطوع والجواز، وذكر مستند علم اللفيف بسؤالهم عن كيفية علمهم، وخصص هذا المنشور الفصل الثالث منه لشهادة اللفيف فنص على أن تكون شهادة اللفيف مفسرة لا إجمال فيها ولا لبس، وأن تكون التوجيهات والتلقيات واضحة مستوفية الشروط، وأن يتلقى من اللفيف حذاق العدول، لكن لا يوجد قانون أو منشور يميز حذاق العدول عن غيرهم، وينص هذا الفصل على أنه يجب على القضاة أن لا يأذنوا في تلقي أي شهادة ليفية إلا بعد التثبت والبحث واستفسار طالبيها عن جميع المعلومات والمقاصد والوجوه المحتفة بالقضية، وقل ما يطبق هذا الشرط، وينص ذلك الفصل أيضا على أنه لا يسوغ للعدول بتاتا أن يشرعوا في تلقي أي شهادة ليفية إلا بعد صدور إذن خاص من القاضي. (199)

المطلب الثاني : الضرورة والحاجة هما أساس العمل

بشهادة اللفيف

281 - اختلف الفقهاء في أساس شهادة اللفيف، فتردد قوم في جعل أساسها التواتر، وقال قوم إن شهادة اللفيف لامستند لها، وذهب أكثر الفقهاء إلى أن أساس العمل بشهادة اللفيف هو رعاية الضرورة والحاجة. أما الذين قالوا بأن أساس شهادة اللفيف هو التواتر، انتقد قولهم بأنه لا يجوز قياس شهادة اللفيف على التواتر، لأن التواتر مفيد للعلم القطعي ويستحيل تواطؤ الناس فيه على الكذب، ولا يوجد شيء من هذا في شهادة اللفيف. (200)

(199) مجموعة المناشير المتعلقة بمحاكم قضاة الأحوال الشخصية والميراث والعقار - الصادرة عن وزارة العدل سنة 1960.

- وانظر أيضا مقدمة كتاب الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية للأستاذ حماد العراقي.

(200) شرح الرهوني التطواني على الزقاقية 2/55.

وفسر قصد الذين قالوا إن اللفيف الذي جرى به العمل لا مستند له
يعنى أن ذلك اعتبارا لحقيقته في نفسه بأنه لم يكن موجودا كطريقة معتادة
للإثبات في فقه المذهب المالكي، وأما المستند الشرعي العام فموجود وهو
الضرورة والحاجة. وذلك أن الضرورة والحاجة قد روعيت في المذهب المالكي.
وهناك شهادات غير شهادة العدول قد روعيت فيها الضرورة والحاجة
وذكرها فقهاء المذهب الأقدمون، ويصح أن تكون أصلا تقاس عليه شهادة
اللفيف التي جرى بها العمل عند الفقهاء المتأخرين، ومن ذلك ما نقله الشيخ
محمد العربي الفاسي في رسالة اللفيف حيث قال: و(الوجوه التي لوحظت
فيها الضرورة في إجازة شهادة غير العدول مما يصح أن تكون أصلا
لشهادة اللفيف كثيرة قال ابن الحاجب في أصله، إجماع المدينة على قبول
شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الدماء قبل تفرقهم مستثنى لكثرة
الجنائية بينهم منفردين، أي مستثنى من اشتراط البلوغ فضلا عن العدالة،
وقال القرافي في الذخيرة نص ابن أبي زيد في النوادر على أنا إذا لم نجد في
جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم ويلزم مثل
ذلك في القضاة وغيرهم ليلا تضيع المصالح قال : وما أظن أحدا يخالفه في
هذا. إن التكليف من شرطه الإمكان وهذا كله للضرورة، ليلا تهدر الدماء
وتضيع الحقوق وتتعطل الحدود ولذلك أجازوا شهادة النساء في المآثم
والأعراس والحمام فيما يقع بينهن من الجراح، وأوجبوا القسامة بالشاهد
غير العدل على رواية أشهب عن مالك حفظا للدماء، وأجازوا ترجمة
الكافر والعبد والمسخوط إذا لم يوجد غيرهم على خلاف في ذلك، وأجازوا
الحكم بقول الطبيب النصراني في العيوب وفي مقادير الجراح وتسميتها،
وأجازوا شهادة النساء في قياس الجراح حيث تجوز الشهادة واليمين
وغير ذلك للضرورة، وأجازوا شهادة السماع في الضرر بين الزوجين
والتي تتكون من شهادة اللفيف من الناس والجيران وإن كانوا غير

عدول، قال المتيطي وهو المشهور، وأجازوا في الشهادة في الرضاع أن يشهد العدول على لفيف القرابة والأهلين والجيران وإن لم يكونوا عدولا كالنساء والخدم، إنهم اتصل عندهم أن فلانا أرضعته فلانة وهذا هو المشهور من المذهب). (201)

وقد عقد ابن فرحون في التبصرة : (202) الباب الرابع والأربعين في القضاء بشهادة غير العدول للضرورة، وذكر وقائع لم يحضر فيها العدول وحضر غيرهم وأفتى الفقهاء بقبول شهادتهم للضرورة بشرط أن يستكثر من العدد.

وهكذا ألحقت شهادة اللفيف حسب الصورة التي جرى بها العمل بشهادات غير العدول التي أجازها الفقهاء الأقدمون للضرورة، وحيث إن الضرورة هي الأساس في قبول شهادة اللفيف، فإنه يجب حينئذ أن تقصر على مواطن الضرورة فقط.

المطلب الثالث : قيمة شهادة اللفيف في الوقت الحاضر

282 - إن قيمة شهادة اللفيف في القضاء المغربي المعاصر تختلف بين غرف المحكمة فالغرف التي تطبق القانون المستمد من الفقه الإسلامي تعطي شهادة اللفيف القيمة التي نص عليها فقهاء العمل كشرح الزقاقية وشرح العمل الفاسي فهي عندها بمثابة شهادة عدلين عند فقدان شهادة العدول بحيث تثبت جميع الحقوق مهما كانت قيمتها، وهي أعلى قيمة من شهادة الشهود المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود والمسطرة المدنية وأكثر استعمال اللفيف يكون في الشهادات الاسترعايية العلمية لا

(201) شرح عمر الفاسي على لامية الزقاق م 13 ص: 2.

(202) 403/1 وما بعدها طبعة الحلبي 1958.

- وانظر نوازل العلمي ج 1 م 17 ص 5 وما بعدها.

الشهادات الأصلية التي يميلها المشهود عليه والتي في الغالب لاتدعو الضرورة إلى إقامتها، إذ باستطاعة المتعاقدين أن يؤجلا توثيق العقد إلى وقت إحضار العدول، فالإثبات باللفيف غالبا يستعمل لإثبات الوقائع وقل ما يستعمل لإثبات التصرفات، وكذلك شهادة الشهود في القوانين المستمدة من الفقه الفرنسي تقبل لإثبات الوقائع مهما كانت قيمتها ولا تقبل لإثبات التصرفات إلا إذا كانت قيمة التصرفات قليلة في المغرب مثلا لا تثبت شهادة الشهود أكثر من 250,00 درهما.

إن شهادة اللفيف حسب الفقه الإسلامي يجوز الطعن فيها بالاستبعاد والاسترابة وغير ذلك من العيوب الممكنة. (203)

283 - أما الغرف التي تطبق القانون المستمد من الفقه الفرنسي، فإن قيمة شهادة اللفيف عندها أقل من القيمة التي نص عليها فقهاء العمل وتتبع هذه القيمة من خلال اجتهادات قضائية صادرة عن المجلس الأعلى، فقد ورد في قرار أن «الشهادة اللفيفية تعتبر قرينة فعلية وتخضع في تقدير قيمتها كوسيلة للإثبات لقضاة الموضوع وذلك في نطاق سلطتهم التقديرية» (204) يستفاد من هذا القرار أن الشهادة اللفيفية تعادل القرينة القضائية والقرينة القضائية لايجوز الإثبات بها إلا حيث يجوز الإثبات بالبينة أي شهادة الشهود المعروفة في قانون الالتزامات والعقود والمسطرة المدنية، فهي متساوية معها في المرتبة.

وبناء على هذا فتكون قيمة شهادة اللفيف أضعف من الحجة الكتابية الرسمية والعرفية ومن الإقرار ومن القرينة القانونية.

(203) الحكم الاجتماعي عدد : 49 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 22 أبريل 1968 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد : 5، ص : 54.

(204) قرار المجلس الأعلى عدد : 224 الصادر بتاريخ 11 يونيو 1974. المنشور بمجلة القضاء والقانون عدد : 128، ص : 103.

وجاء في قرار آخر : (أن اللفيف لايعتبر إلا مجرد لائحة شهود)(205) أي الشهود المعروفون في قانون الالتزامات والعقود والمسطرة المدنية فلا يثبتون إلا 250 درهما. وقرر حكم آخر (أن المحكمة تخرق القانون لاعتمادها في إثبات البيع على شهادة شهود اللفيف التي دعمتها بقرينتين في حين أن الفصل 489 من ق.ل.ع يوجب لإثبات بيع عقار محفظ الدليل الكتابي، وأن القرائن القضائية مثلها مثل الشهادة لايجوز الاستدلال بها لإثبات التزام يوجب فيه القانون الدليل الكتابي)(206) وهذا الاجتهاد يؤكد الاجتهاد السابق في القيمة الإثباتية التي لشهادة اللفيف والتي تساوي شهادة الشهود في ق.ل.ع وقانون العقارات المحفظة وتساوي القرينة القضائية.

284 - ونشير لرأي الأستاذ عمور(207) في قيمة شهادة اللفيف، فيجعلها أدنى قيمة من شهادة الشهود، ويعلل رأيه بأن شهادة الشهود تخضع لشكليات ترفع من قيمتها، وتلك الشكليات هي : أن تكون على يد المحكمة، ولا تطبق إلا بمقتضى قرار سابق، ويشترط أن يكون الشاهد أجنبيا عن أطراف النزاع وكامل الأهلية، ويحلف اليمين، ويحق لأطراف النزاع أن يجرحوا الشاهد أمام المحكمة التي تبت حالا في هذا التجريح فتقبله أو ترفضه، ويمكن إعادة سماع الشهود ومواجهة بعضهم ببعض.

فيقول ومن هنا يتجلى الفرق الشاسع بين اللفيف وشهادة الشهود، فاللفيف لا يخضع في نظره إلى أية شكلية من الشكليات الأنفة الذكر وشهوده على الخصوص لا يؤدون اليمين، كما أن تلقي شهادتهم لا يتم على يد القاضي الذي يبت في النازلة، ويرى أن شهادة اللفيف تحمل عيوباً وأخطارا منها:

(205) قرار المجلس الأعلى عدد 509 الصادر بتاريخ 21 - 9 - 1977 المنشور بمجلة المحاماة الصادرة بالرباط عدد : 12 - ص : 80.

(206) قرار المجلس الأعلى عدد 600 الصادر في 19 أكتوبر 1977 المنشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد - العدد : 4 ص : 123.

(207) محام مكناس ونقيب سابق.

1 - أن القاضي الذي يعمل بشهادة اللفيف يتنازل في الواقع عن جزء مهم من السلطة المخولة له لفائدة أشخاص هم أجانب عن القضاء.

2 - أن شهادة اللفيف جامدة إما إن تقبل أو ترفض دون أن يتسنى استفسار شهودها مباشرة واستعمال القاضي فراسته لمعرفة مدى صراحة كل واحد من الشهود وما عسى أن يكون له من تحيز لأحد أطراف النزاع.

3 - صعوبة الطعن في شهود اللفيف.

4 - عدم الاستماع إلى شهود اللفيف على الانفراد.

ويختم الأستاذ عمور انتقاده لشهادة اللفيف بطلب جعل حد لها. (208)

285 - نعقب على الأستاذ عمور بما يلي :

إن الشكليات التي تضمن الثقة بشهادة اللفيف موجودة أكثر وأهم من شكليات شهادة الشهود في النظام القانوني، والعيب الوحيد هو الإهمال المسلط على الفقه الإسلامي، فأكثر كتبه ما زالت في المطبوعات الحجرية الفاسية أو الأوراق الصفراء المصرية، فلو رجع المشتغلون بالقضاء إلى شروح الزقاقية أو العمل الفاسي لوجدوا القيود والشروط الكافية لضمان الثقة بشهادة اللفيف.

وقد أجمل الشيخ عبد الرحمن الفاسي في نظم العمل بعض تلك القيود والشروط فقال :

بينة اللفيف منها بادية

فيها كفى استفسارها عن تزكية

لابد في الشهود في اللفيف

من ستر حالهم على المعروف

(208) مقال اللفيف ووسائل الإثبات، نشر بمجلة المحاماة التي تصدر بالرباط عدد : 15 ص : 54.

وشارع فيما ذكر الجلاي
تخصيص ذا اللفي بالأموال
وعنه تحليف الذي شهد له
مع اللفي قد وجدنا عمله
وحلف ابن سودة الشهود
من اللفي لفجور زيـد
وقيل ربما العـدول أحلفوا
إذا استراية بدت وصرفوا
وقدره في الغالب اثنا عشر
وزد لكـالرشـد وضـد أكثر
ولا تمكـن في اللفي الخصما
من نسخة الأعذار إن أتم
إلا بما يقـدح في ستر الحال
كـالقرب والصحبـة أو أخذ المال
ومكنن من نسخة استفسار
إن طلب الخصم بلا إـذار

فكل الشكليات المطلوبة في شهادة الشهود موجودة أيضا في شهادة
اللفي، ويزيد اللفي بأن يصل عدد أفرادـه إلى اثني عشر فأكثر بينما العدد
في شهادة الشهود اثنان في الغالب.

ويزيد اللفي أيضا، بأن يكون شهوده مستوري الحال.

الباب الخامس

صدور أحكام العمل من الفقهاء المؤهلين

الباب الخامس

صدور أحكام العمل من الفقهاء المؤهلين

تمهيد :

286 - يشترط في الفقيه الذي يجري العمل أن يتصف بعدة أوصاف، بعضها خلقية وأخلاقية، وهي البلوغ والعقل وفقاهاة النفس بمعنى سرعة الفهم لمقاصد الكلام، وأن يكون عدلاً ورعاً، وبعضها كسبية وهي تحصيله للعلوم والتدريب على ما يتطلبه هذا المنصب، فالشروط الخلقية والأخلاقية واحدة وثابتة لم تتغير عبر تاريخ الأمة الإسلامية.

أما الشروط العلمية فإنها تطورت من بعض الجوانب حسب حاجة كل فترة من فترات تاريخ الأمة الإسلامية. فالشروط التي كانت مطلوبة في عهد الصحابة والتابعين ليست هي الشروط التي أصبحت زمن الأئمة مؤسسي المذاهب الفقهية، وظهرت شروط أخرى زمن سد باب الاجتهاد المطلق والالتزام بإحدى المذاهب المشهورة، أو القوانين الصادرة من جهاز الدولة المختص في التشريع.

وتتضح هذه الشروط من خلال عرض مراتب الفقهاء في التشريع الإسلامي (فصل أول).
ومن خلال تتبع ذلك ومناقشته (فصل ثان).

الفصل الأول

مراتب الفقهاء في التشريع الإسلامي

287 - هذه المراتب تزيد وتنقص بحسب المذاهب، فالمذاهب التي لم يقبل عليها الدارسون ولم تنتشر فليس فيها إلا مرتبة واحدة، وهي مرتبة المجتهد المطلق المتمثلة في مؤسس المذهب، أما المذاهب المشهورة والتي لم تندثر فإن المراتب في بعضها تصل إلى أربعة. ونجمل هذه المراتب فيما يلي :

أولاً : المجتهد المطلق المستقل :

287 - وهو الذي يضع المنهج العام للاستنباط فيبين الأصول التي تعتمد، وكيفية الأخذ منها، فالإمام مالك وهو المجتهد المطلق في مذهبه هو الذي أسس منهج الاستنباط بالنسبة لهذا المذهب، وذلك المنهج هو : نص الكتاب - وظاهره - ودليله - وفحواه - ومفهومه - وتنبيهه - ومن السنة كذلك - والإجماع والقياس - وعمل أهل المدينة - وقول الصحابي - والاستحسان - والعرف - والمصالح المرسلّة - وسد الذريعة - والاستصحاب - وخبر الواحد - ومراعاة الخلاف - ورعاية الضرورة.(1) والمذاهب الأخرى تمتاز ببعض الخصائص، فالمذهب الحنفي، يستعمل الاستحسان أكثر من المذهب المالكي، ويجوز الحيل ولا يعمل بسد الذرائع إلا إذا كانت واردة في النصوص المجمع عليها، والمذهب المالكي يمنع الحيل

(1) منار السالك إلى مذهب الإمام مالك - أحمد السباعي ص 15 المطبعة الجديدة بفاس 1940.

ويعتبر الذرائع أصلا يقاس عليها، وللمذهب الظاهري خصائصه وكذلك المذهب الشافعي والحنبلي وغيرهم من المذاهب.

288 - فالمجتهد المطلق يتصرف في الأصول والقواعد، ويجمع الأحاديث فينبه لأخذ الفقه منها، ويرجح بعضها على بعض، ويعين بعض محتملها، ويفرع التفاريع التي ترد عليه مما لم يسبق الجواب فيها، (2) وهو لا يقلد أحدا ولا يتقيد بمذهب أحد، وقيل لا يشترط فيه حفظه لفروع الفقه لأنه فرع الاجتهاد، والصحيح أنه لا بد من ذلك لكي تحصل له الملكة، لأن جميع الصنائع لا بد فيها من التدريب عليها، ولأن مؤسسي المذاهب حفظوا فقه الصحابة والتابعين، فإذا كان طريق تحصيل الدراية في ذلك الوقت هو دراسة فقه الصحابة والتابعين فإن طريق تحصيل الدراية في الأزمان التابعة لنشأة المذاهب هو دراسة الفقه العام.

ثانيا : المجتهد المطلق المنتسب :

289 - هو الذي لا يقلد الإمام في الحكم والدليل فلا يلتزم بالفروع، لكن يسلك طريقه في الاجتهاد والفتوى، ويدعو إلى مذهب ذلك الإمام، ويكثر القراءة في ذلك المذهب على أهله، وقيل أن الذي من هذه الطبقة هو أبو يوسف ومحمد بن الحسن في المذهب الحنفي، (3) واختلف في ابن القاسم وأشهب هل هما من هذه الطبقة بالنسبة للمذهب المالكي أم لا ؟ وقال شاه ولي الله الدهلوي في المجتهد المطلق المنتسب هو : (من سلم أصول شيخه واستعان بكلامه كثيرا في تتبع الأدلة والتنبيه للمأخذ، وهو

(2) رسالة عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد - شاه ولي الله الدهلوي منشورة في دائرة معارف القرن العشرين لمحمد فريد وجدي - ج 3 - ص 236 وما بعدها - وكذلك رسالته (الإنصاف في بيان سبب الاختلاف) المنشورة في تلك الدائرة ج 3 ص 167 وما بعدها.

(3) صفة الفتوى والمفتي والمستفتي ص 17 - أحمد بن حمدان الحراني طبعة المكتب الإسلامي.

مع ذلك مستقنين بالأحكام من قبل أدلتها قادرا على استنباط المسائل منها قل ذلك أو أكثر). (4)

ثالثا : مجتهد المذهب (أو مجتهد التخريج) (5)

290 - يجتهد داخل نطاق مذهب إمامه، ولا يتعدى أصوله وقواعده قادرا على التخريج والاستنباط وإلحاق الفروع بالأصول والقواعد التي لإمامه، بحيث يقيس على أصول إمامه كقياس الإمام على نصوص الشارع، وكثيرا ما يكتفي في الحكم بدليل إمامه ولا يبحث عن المعارض في نصوص الشارع، وإنما يبحث عنه في نصوص إمامه، وإذا أفتى بتخريجه فالمستفتي مقلد لإمامه، لاله، ومجتهد المذهب تارة يخرج من نص معين لإمام، وتارة لايجده فيخرج على أصوله بأن يجد دليلا على شرط ما يحتج به إمامه فيفتي بموجبه. (6)

رابعا : مجتهد الفتيا (أو مجتهد الترجيح).

291 - هذا المجتهد لا يبلغ رتبة أصحاب التخريج لقصوره عنهم في تلك الملكة وبعض أدوات الاجتهاد، لكنه مستوعب لمذهب إمامه، مدرك وفاهم

(4) رسالة عقد الجيد في دائرة معارف القرن العشرين 3/ 237.

(5) التخريج معناه بناء فرع على أصل بجامع مشترك وله طريقان : الأول يكون من القواعد الكلية التي للإمام كالقواعد التي جمعها القراني في فروقه والمقرى في قواعده والزقاق في المنهج المنتخب، والونشريسي في إيضاح المسالك، وهذا الطريق يسلك بإتقان مثل هذه الكتب وفهمها، فقاعدة (المعاملة بنقيض المقصود) يخرج عليها كل فرع فيه هذا المعنى إلا ما استثنى فيخرج عليها حرمان القاتل من الميراث، وتوريث مطلقة المريض إذا مات من ذلك المرض، وتأييد تحريم الزواج للمصرح بالخطبة في العدة، الطريق الثاني ويسمى التخريج بالنقل، بأن يجعل نص الإمام أصلا، ويقاس عليه، ويسلك هذا الطريق بإتقان باب القياس من علم الأصول، على أن علم التخريج كعلم القضاء، ليس كل من حصل شروط التخريج سهل عليه بل لابد له من ممارسة تطبيقات المخرجين ولو من كتبهم الموضوعة لذلك (انظر بغية المقاصد للسننوسي ص 26 - 27 طبعة المعاهد بمصر) و(المدخل إلى مذهب الإمام أحمد - لابن بدران الدمشقي ص 190 - الطبعة المنيرية).

(6) المجموع شرح المذهب للنووي 1/ 72 الناشر زكريا يوسف.

لمقاصد كلام فقهاء مذهبه، متمكن من ترجيح قول على آخر، ووجه من وجوه الأصحاب على آخر، (7) وله معرفة بأصول الفقه لكنها أدنى من المرتبة السابقة. (8)

خامسا : الفقيه المقلد الصرف :

292 - يقوم بحفظ المذهب ونقله وفهمه لكنه ضعيف في تقرير الأدلة وتحرير الأقيسة فيصح الاعتماد عليه فيما يتعلق بالنقل والحكاية، ويجوز له أن يدرج المصاديق تحت المفهوم إذا كان يدرك ذلك بغير كبير عناء، وكذلك له الفتوى فيما يعلم اندراجه تحت ضابط. (9)

293 - هذه هي أهم مراتب الفقهاء في التشريع الإسلامي عموما لكن ماهي خصوصيات المذهب المالكي بالنسبة لهذه المراتب ؟

لقد نقل الفقهاء عن ابن رشد بياناً لمراتب الفقهاء في المذهب المالكي وكذلك ذكر القرافي في فروقه أحوال طالب العلم، فلنعرض ذلك : أما ابن رشد فقال : (إن الجماعة التي تنسب إلى العلوم وتتميز عن جملة العوام بالمحفوظ والمفهوم تنقسم على ثلاث طوائف :

أ - طائفة منهم اعتمدت صحة مذهب مالك تقليداً من غير دليل فأخذت نفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه، دون أن تتفقه في معانيها فتميز الصحيح منها من السقيم. فهذه لا يصح لها الفتوى بما علمته وحفظته من قول مالك أو قول أحد من أصحابه، إذ لا علم عندها بصحة شيء من ذلك، إذ لا تصح الفتوى بمجرد التقليد من غير علم، ويصح لها في خاصتها إن لم تجد من يصح لها أن تستفتيه أن تقلد مالكا أو غيره من أصحابه فيما حفظته من أقوالهم، وإن لم يعلم من نزلت به

(7) رسالة عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد - للدهلوي - دائرة معارف القرن العشرين 3/ 237.

(8) المجموع شرح المذهب 1/ 72 - صفة الفتوى والمفتي والمستفتي - ص 22.

(9) المجموع 1/ 73 صفة الفتوى - ص 23.

نازلة بما حفظت هذه الطائفة فيها من قول مالك وأصحابه فيجوز للذي نزلت به النازلة أن يقلد أحد هؤلاء الفقهاء فيما حكاه من قول مالك في نازلته، ويقلد مالكا في الأخذ بقوله فيها، وذلك أيضا إذا لم يجد في عصره من يستفتيه في نازلته فيقلده فيها).

ب - **الطائفة الثانية اعتمدت صحة مذهب مالك بما بان لها من صحة أصوله**، فأخذت نفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في الفقه، وتفقهت في معانيها، فعلمت الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج عنها، إلا أنها لم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول.

وهذه يصلح لها أن تفتي إذا استفتيت بما علمته من قول مالك وقول غيره من أصحابه إذا كانت قد بانت لها صحته، ولا يجوز لها أن تفتي بالاجتهاد فيما لا تعلم فيه نصا من قول مالك أو قول غيره من أصحابه، وإن كانت قد بانت لها صحته إذ ليست ممن كمل لها آلات الاجتهاد التي يصح لها بها قياس الفروع على الأصول).

ح - **الطائفة الثالثة اعتقدت صحة مذهب مالك بما بان لها أيضا من صحة أصوله**، فأخذت نفسها بحفظ أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه، ثم تفقهت في معانيها فعلمت الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج عنها، وبلغت درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول لكونها عالمة بأحكام القرآن، عارفة بالناسخ والمنسوخ والمفصل من المجل، والخاص من العام، عالمة بالسنن الواردة في الأحكام مميزة بين صحيحها من معلولها، عالمة بأقوال العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من فقهاء الأمصار، وبما اتفقوا عليه، واختلفوا فيه، عالمة من علم اللسان بما يفهم به معاني الكلام، عالمة بوضع الأدلة في مواضعها وهذه هي التي يصح لها الفتوى عموما بالاجتهاد والقياس على الأصول التي هي الكتاب والسنة

وإجماع الأمة، بالمعنى الجامع بينها وبين النازلة، أو على ما قيس عليها إن عدم القياس عليها). (10)

294 - أما القرافي فذكر في الفرق الثامن والسبعين قاعدة : (من يجوز له أن يفتي ومن لايجوز له ذلك) فقال : (اعلم أن طالب العلم له أحوال) :

الحالة الأولى :

أن يشتغل بمختصر من مختصرات مذهبه فيه مطلقات مقيدة في غيره، وعمومات مخصوصة في غيره، ومتى كان الكتاب المعين حفظه وفهمه كذلك، أو جوز عليه أن يكون كذلك حرم عليه أن يفتي بما فيه وإن أجاده حفظا وفهما إلا في مسألة يقطع فيها أنها مستوعبة التقييد وأنها لا تحتاج إلى معنى آخر من كتاب آخر فيجوز له أن ينقلها لمن يحتاجها على وجهها من غير زيادة ولا نقصان، وتكون هي عين الواقعة المسؤول عنها، لا أنها تشبهها ولا تخرج عليها بل هي حرفا بحرف، لأنه قد يكون هناك فروق تمنع من الإلحاق، أو تخصيص أو تقييد يمنع من الفتيا بالمحفوظ فيجب الوقف).

الحالة الثانية :

ان يتسع تحصيله في المذهب بحيث يطلع من تفاصيل الشروحات والمطولات على تقييد المطلقات وتخصيص العمومات، ولكنه مع ذلك لم يضبط مدارك إمامه ومسنداته في فروعه ضبطا متقنا، بل سمعها من حيث الجملة من أفواه الطلبة والمشايخ، فهذا يجوز له أن يفتي بجميع ما ينقله ويحفظه في مذهبه، اتباعا لمشهور ذلك المذهب بشروط الفتيا، ولكنه إذا

(10) توجد هذه المراتب المنقولة عن ابن رشد في عدة كتب منها : المعيار للونشريسي ج 10 ص 24 وما بعدها.

- بغية المقاصد و خلاصة المراد للسونسي ص 34 - 35.

وقعت له واقعة ليست في حفظه لا يخرجها على محفوظاته، ولا يقول هذه تشبه المسألة الفلانية، لأن ذلك إنما يصح ممن أحاط بمدارك إمامه وأدلته وأقيسته وعلمه التي اعتمد عليها مفصلة).

ثم بعد ذلك أخذ يبين الحالة الثالثة : وهي الدرجة العالية درجة المخرجين فقال : (لا يجوز التخريج حينئذ إلا لمن هو عالم بتفاصيل أحوال الأقيسة والعلل ورتب المصالح، وشروط القواعد، وما يصح أن يكون معارضاً وما لا يصلح، وهذا لا يعرفه إلا من يعرف أصول الفقه معرفة حسنة، فإذا كان موصوفاً بهذه الصفة وحصل له هذا المقام تعين عليه مقام آخر وهو النظر وبذل الجهد في تصفح تلك القواعد الشرعية وتلك المصالح وأنواع الأقيسة وتفاصيلها، فإذا بذل جهده فيما يعرفه ووجد ما يجوز أن يعتبره إمامه فارقاً أو مانعاً أو شرطاً، وهو ليس في الحادثة التي يروم تخرجها حرم عليه التخريج، وإن لم يجد شيئاً بعد بذل الجهد وتمام المعرفة جاز له التخريج حينئذ). (11)

(11) فروق القراني 2/ 107 وما بعدها - مطبعة دار المعرفة بيروت.

الفصل الثاني

تتبع ومناقشة

295 - ذكر ابن رشد والقرافي من مراتب الفقهاء ثلاثة، فهما لم يذكرهما المجتهد المطلق المستقل، والمجتهد المطلق المنتسب، ولعل عدم ذكرهما للمجتهد المطلق المستقل هو أن هذه المرتبة قد انعدمت، لأن مناهج استنباط الأحكام قد أحيط بجميع جوانبها بعد جمع الحديث وتنظيم العلوم الإسلامية، ولم يبق هناك اجتهاد في الأصول والمناهج، وإنما الذي يمكن أن يبقى هو الاجتهاد في الفروع، وأما المجتهد المطلق المنتسب فلعل هذه المرتبة غير معروفة في المذهب المالكي، وهناك من أدرج فيها ابن القاسم وأشهب.

ويستفاد من كلام ابن رشد والقرافي أن هناك تشديدا في أمر الفتيا وإصدار الأحكام في الوقائع : وذلك راجع لكون الحكم والإفتاء في الفروع كان باجتهاد الحاكم، لأنه لم يكن هناك تقليد في الفروع، وإنما يجب على القاضي أن يحكم بالحق في نظره، دون التزام بمذهب معين، وقد تقدم الكلام على هذا في شرط أهل قرطبة، لكن بعد الالتزام بالمذاهب، فإن الحكم والفتوى أصبح بنصوص المذهب المقلد.

وبناء على هذا فإنه في الفترة التاريخية التي أصبح الحكم فيها بنصوص المذاهب فإنه لم يعد واجبا اشتراط مؤهلات المجتهد المطلق بل وحتى مؤهلات مجتهد التخيير إلا في القضايا الجديدة، لأنها تحتاج إلى تخيير حكم جديد لها.

ويجب أن يفهم تشديد ابن رشد والقرافي في أمر الإفتاء، بالنسبة للقضايا الجديدة التي ليس لها نظير يطابقها تمام الانطباق، كأن تظهر وقائع جديدة بسبب التقدم الحضاري وتشتبه فيها المصلحة والمضرة، فهذا النوع من القضايا يجب أن لا يفتي فيه إلا المرتبة العالية من الفقهاء وهي مرتبة المخرجين، وهي لم تنعدم في نظرنا، وإنما الذي نراه قد انعدم هو رتبة المجتهد المطلق، المستقل بوضع الأصول والمناهج كالإمام مالك والشافعي، أما المراتب الأخرى من مجتهد التخيير ومجتهد الترجيح والفقهاء المقلد الصرف المحافظ لنصوص المذهب الذي لا يستطيع الترجيح بينها، فإن هذه المراتب لم تنعدم في تاريخ الأمة الإسلامية، إلا أن أصحاب التخيير والترجيح قليلون جداً، وذلك كشأن أعلى الرتب في جميع العلوم والفنون فإنهم يكونون قليلين جداً، فالأطباء والشعراء والنحاة وغيرهم تقل بينهم مرتبة المجتهد المخرج والمرجح.

296 - وبناء على هذا فإن كل حالة يكتفى فيها بما تحتاجه من العلوم والمؤهلات، فالقضايا الواضحة والرائجة في المجتمع بكثرة يكتفى بالنسبة إليها بأدنى مؤهل، وهو معرفة النصوص المحكوم بها.

ففي المذهب المالكي يكتفى بمعرفة نصوص هذا المذهب، ولا يشترط حفظها عن ظهر قلب، وإنما معرفة مظانها والمراجع الموجودة فيها مع فهم معانيها، ولا يحصل هذا إلا بدوام الممارسة، وقال الفقهاء لا تستمر هذه الممارسة إلا بقراءة الكتب المعتمدة للحكم والفتوى مرتين في السنة، وضربوا لذلك مثلاً بكتاب التهذيب للبرادعي لما كان هذا الكتاب هو المعتمد، وضربوا المثل بمختصر خليل لما أصبح هذا الكتاب هو المعتمد، ونضرب اليوم مثلاً بمجموعات النصوص التشريعية كمدونة الأحوال الشخصية، والوثائق

المبنية عليها للأستاذ العلامة حماد العراقي، واجتهادات المجلس الأعلى وما كان على هذا المنوال أو قريب منه، لأن الكتب المتعمدة تشتمل على معظم الحلول، لأن الصور التي ليس لها نص قليلة جداً، وأكثر الوقائع من آخر الزمان واقعة فيما قبله، بل نص الفقهاء على أن الحاكم والمفتي : (يفتقر للحفظ والفظنة في تطبيق الواقعة على ما في حفظه، وتشكيل الصورة في خاطره حتى يصير فكره إلى ما في محفوظه، فتدخل الصورة فيه، وأما إذا لم يكن فطنا وكان حافظاً فتضعف في حقه هذه الطريقة، لأنك تجد الصورة النازلة في محفوظه ويبعد تفتنه إليها وما ذلك إلا أنه اشتغل بالحفظ دون تحصيل المعاني)(12) ولذلك يطلب زيادة على الدراسة النظرية التدريب والدراسة التطبيقية، لأن القضاء والفتوى صناعة وكل الصنائع لا تحصل ملكتها إلا بالتدريب وكثرة الممارسة.

إذا كان يكتفى بهذه المؤهلات في القاضي والمفتي في المسائل الواضحة التي لها نص ينطبق عليها وموجود في الكتب المعتمدة أو في نصوص التشريع، فإن الأمر يحتاج إلى مؤهلات أكثر في القضايا الغامضة والتي تتضارب حولها النصوص، وتحتاج إلى الترجيح بينها، وكذلك القضايا التي ربطها النص الشرعي أو القانوني بقرائن وإمارات، وتتغير وتتبدل بتبدل تلك القرائن والإمارات، وحسب البيانات والتحليلات التي ذكرناها خلال بحثنا فإن مسائل العمل تدخل في هذا النطاق، أي نطاق المسائل التي تحتاج إلى الترجيح والمسائل المربوطة بقرائن وأمارات من عرف وضرورة ومصلحة وسد ذريعة.

297 - وبناء على هذا فإن مسائل العمل التي يمكن ترجيحها استناداً إلى العرف أو بناؤها عليه، أو استناداً إلى قول الأكثر، فإنه لا يشترط في إجراءاتها إلا مرتبة الفقيه العادي المطلع على المذهب، لأن بناء الأحكام على العرف

(12) معيار الونشريسي 36/10.

والترجيح به، أو بقول الأكثر لا يختص بالمجتهدين، بل الفقيه المقلد
الصرف يدرك ذلك، لأن العرف سبب ظاهر يشترك في إدراكه الخاص
والعام.(13)

أما الوقائع الجديدة التي لم يسبق للأئمة السابقين أن تكلموا فيها أو
فيما يشبهها مشابهة تامة، أو الترجيح بالمصلحة أو سد ذرائع الفساد أو
مراعاة الضرورة، فإن الترجيح وإجراء العمل بناء على هذه الأمور يحتاج إلى
مؤهلات أكثر من مؤهلات الفقيه المقلد الصرف. والمرتبة المحتاج إليها في
مثل هذه الأمور هي مرتبة مجتهد المذهب (أي مجتهد التخريج)، وعند
انعدامه فيمكن أن يسد فراغه مجتهد الفتيا (أي مجتهد الترجيح) لأن التكليف
مقرون بشرط الإمكان.

وقد نص على اشتراط هذه المرتبة بالنسبة للترجيح بالمفاسد والمصالح
ونحوهما الهلالي في شرح خطبة المختصر إذ قال : (إن الترجيح بناء على
المصالح والمفاسد لا يعم القادر على الترجيح وغيره كما عمهما الترجيح
بالعرف، بل لابد هنا من أهلية الترجيح بإتقان الآلات والقواعد، إذ ليست كل
مصلحة أو مفسدة تعتبر في نظر الشرع، فلا بد من نظر في ذلك بملكة يميز
بها بين المعبر شرعا وغير المعبر).(14)

وقد نظم ما نثره الهلالي محمد النابغة الشنجيطي فقال :

ورجحوا بالدرء للمفاسد
وبالمصالح لقول كاسد
وخصصوا الترجيح بالمصالح
وبالمفاسد لثبت صالح

(13) شرح خطبة المختصر للهلالي م 21 ص 6.

- نظم محمد النابغة الشنجيطي ص 22 المطبعة المولوية بفاس 1327.

(14) شرح خطبة المختصر للهلالي م 21 ص 8.

لكونه أهلاً للاجتهاد
قد أتقن الآلات بالسناد
فقيهه نفس لم يكن مغفلاً
وبأصول الفقه قد تكفلاً
وحاط بالفروع والقواعد
فكان ساعياً لكل قاعد
هـذا كلام العلماء الأول
في صفة الثبت المرجح ولي(15)

وقد تكلم على مرتبة الترجيح والتخريج ابن رشد في الطائفة الثانية
والثالثة، والقرافي في الحالة الثانية والثالثة من أحوال طالب العلم.

(15) نظم محمد النابغة الشنجيبي ضمن مجموع ص 23 طبع بالمطبعة المولوية بفاس.

الخاتمة



وبعد : يطيب لي في نهاية المطاف بنظرية الأخذ بما جرى به العمل في المذهب المالكي، أن أختتم الكلام بخلاصة لأهم ثمرات هذه الرسالة. لقد قسمنا البحث إلى قسمين : درسنا في القسم الأول نشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل وتطورها. وفي القسم الثاني : درسنا ضوابط نظرية الأخذ بما جرى به العمل.

فخلاصة القسم الأول هي :

1 - إن تعدد الأقوال أمر ضروري لا بد منه في كل مذهب حي متطور، ولا يضره ذلك التعدد، وإنما يعتبر ذلك ثروة فقهية تغني الفقه الإسلامي عموماً بالاجتهادات السديدة المناسبة لجميع الحاجيات.

2 - إذا كان تعدد الأقوال في المجال النظري يدل على حيوية الفقه لإعطائه الحلول المتعددة لكن هذا التعدد في المجال التطبيقي يؤدي إلى تعارض الاجتهادات، هنا وجدنا فقهاء الأندلس والمغرب أسسوا ضوابط للترجيح بين تلك الأقوال المتعددة، فاعتماداً على تلك الضوابط استطاعوا الخروج بقول واحد، أوجبوا على القضاة والمفتين العمل به.

3 - إن ما توصل إليه فقهاء الأندلس والمغرب من قواعد لنظرية عمل الفقهاء المتأخرين، إنما يعتبر ذلك اقتداء بالإمام مالك في قاعدته (عمل أهل المدينة) التي اعتمدها على صعيد الاجتهاد المطلق.

4 - إن تطبيق نظرية الأخذ بما جرى به عمل الفقهاء المتأخرين، بدأ بالتدرج خلال قرون متعددة، وكانت البداية في قرطبة أهم مدن الأندلس، فقد اشترط أهل قرطبة على القضاة من أجل الخروج من الخلاف، أن يحكم القاضي بقول ابن القاسم وما عليه أهل الإقليم، وقد اقتدى بذلك أهل

المغرب، فكانت ظواهر تولية القضاة تنص على أنه يجب الحكم بالمشهور أو المعمول به.

وخلاصة القسم الثاني المتعلق بضوابط عمل الفقهاء المتأخرين تركز على ما يلي:

1 - أن يثبت جريان العمل، بأن يذكر الفقهاء في كتبهم أو في وثائقهم القول الذي جرى به العمل، مع الإشارة إلى القاضي أو المفتي الذي أجرى ذلك العمل، أو الإشارة إلى من أقر ذلك العمل وأيده.

2 - إن إجراء العمل يدخل في تكييف الوقائع ومحاولة وصفها بأوصاف تقبل الاندراج تحت الأصول الشرعية، ونظرا إلى أن الشريعة جاءت لمصالح العباد، ونظرا إلى أن هذه المصالح تختلف باختلاف البلدان والأزمان، كان لابد لإجراء العمل من مراعاة خصوصيات كل بلد وكل زمان، وكان لابد من اختلاف أحكام العمل باختلاف البلدان والأزمان.

3 - ومن أجل تحقيق المصلحة ربطت أحكام العمل بأسس وموجبات اجتماعية وكان القول الذي يستند إلى إحدى تلك الأسس والموجبات الاجتماعية قولاً جديراً بأن يعمل به، ويرجح على غيره من الأقوال، وقد استفاد الفقهاء المتأخرون بعض تلك الأسس والموجبات من أسس عمل من أهل المدينة، كاعتبار ما اعتمده القضاء والإفتاء، والعرف، وعموم البلوي، واعتبار الاتصال والاستمرار في التطبيق، كما أضافوا إلى ذلك موجبات أخرى أخذوها من الأصول العامة للمذهب المالكي، كاعتبار المصلحة المرسلّة، وسد الذريعة وفتحها، ورعاية الضرورة والحاجة.

4 - إن باب إجراء العمل والترجيح بين الأقوال، ليس باباً مفتوحاً لكل أحد، بل لابد لمن يرجح بجريان العمل من الحصول على مؤهلات فقهية، وتوصلنا إلى أن المرتبة المحتاج إليها في بناء أحكام العمل على ما سوى

العرف هي مرتبة مجتهد المذهب (أي مجتهد التخريج) وعند انعدامه فيمكن أن يسد فراغه مجتهد الفتيا (أي مجتهد الترجيح).

أما أحكام العمل التي تبني على العرف، فإنه تكتفي في إجراءاتها بمرتبة الفقيه المقلد الصرف لأن العرف أمر ظاهر، يشترك في إدراكه الخاص والعام. وأختم كلامي بحمد الله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

أذن المشرف على هذه الرسالة بتقديمها إلى سيادة مدير دار الحديث الحسنية من أجل القيام بإجراءات المناقشة بتاريخ - فاتح رجب : 1400 هـ الموافق (16 - 5 - 1980).

ونوقشت بتاريخ 23 - جمادى الثانية 1401 هـ الموافق (28 - 4 - 1981).

عبد السلام العسري

الفهارس العامة :

1 - فهرس المصادر والمراجع.

2 - فهرس الموضوعات.

1 - فهرس المصادر والمراجع

التفسير وعلوم القرآن :

- 1 - إعراب القرآن للعكبري - طبعة الحلبي بمصر.
- 2 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي - طبعة دار الكتاب بمصر.
- 3 - أحكام القرآن لابن العربي بتحقيق البجاوي الطبعة الثانية.
- 4 - أحكام القرآن للجصاص - طبعة دار الكتاب العربي بيروت بالأوفسيت.

الحديث وعلومه :

- 5 - تنزيه الشريعة المرفوعة عن الأخبار الشنيعة الموضوعة لابن عراق الكناي طبعة دار الكتب العلمية بيروت.
- 6 - المنتقى شرح الموطأ للباجي مطبعة دار السعادة بمصر 1332.
- 7 - مذكرات في علوم الحديث للأستاذ إبراهيم بن الصديق مخطوط خاص.
- 8 - أصول الحديث، محمد عجاج الخطيب مطبعة دار الفكر 1971.
- 9 - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد - مطبعة دار الشعب بمصر 1976.
- 10 - شرح الزرقاني على موطأ مالك - ملتزم الطبع عبد الحميد حنفي.
- 11 - متن الموطأ بهامش المنتقى - طبعة السعادة بمصر 1332.
- 12 - نيل الأوطار للشوكاني - طبعة مصطفى الحلبي.
- 13 - سبل السلام للصنعاني - طبعة المكتبة التجارية بمصر.
- 14 - شرح الأبى على مسلم - طبعة السلطان مولاي عبد الحفيظ بمصر.
- 15 - المقاصد الحسنة للسخوي - طبعة دار الكتب العلمية بيروت 1979.

- 16 - فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني - طبعة مصطفى الحلبي بمصر 1959.
- 17 - عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيبي - الطباعة المنيرية.
- 18 - صحيح البخاري بهامش فتح الباري.
- 19 - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لنور الدين الهيثمي - دار الكتاب بيروت 1967.
- 20) حاشية ابن زكري على صحيح البخاري - طبعة فاس الحجرية.

أصول الفقه وقواعده :

- 21 - منار السالك إلى مذهب مالك أحمد السباعي المطبعة الجديدة بفاس 1940.
- 22 - منظومة محمد النابغة الشنقيطي - المطبعة المولوية بفاس العليا 1327.
- 23 - قواعد المقرئ مخطوط بدار الحديث الحسنية رقم 4898.
- 24 - الموافقات للشاطبي وشرح دراز - المطبعة الرحمانية بمصر.
- 25 - شرح المحلى على جمع الجوامع - مطبعة مصطفى الحلبي 1937.
- 26 - إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية مطبعة السعادة بمصر 1955.
- 27 - إرشاد الفحول للشوكاني - مطبعة مصطفى الحلبي 1937.
- 28 - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول للقرافي الناشر مكتبة الكليات الأزهرية 1973.
- 29 - الأحكام في أصول الأحكام للآمدي - طبعة محمد علي صبيح بمصر 1968.
- 30 - مقاصد الشريعة ومكارمها لعلال الفاسي - الناشر مكتبة الوحدة العربية بالبيضاء.

- 31 - مقدمة إحياء علوم الشريعة للدكتور الحمصاني مطبعة دار العلم للملايين بيروت.
- 32 - فلسفة التشريع الإسلامي للدكتور الحمصاني مطبعة دار العلم للملايين بيروت 1961.
- 33 - حجة الله البالغة - ولي الله الدهلوي بتحقيق سيد سابق - طبعة دار الكتب الحديثة بالقاهرة.
- 34 - الأحكام في الأصول لابن حزم مطبعة الإمام بمصر.
- 35 - نشر البنود على مراقي السعود - لعبد الله بن إبراهيم الشنقيطي - طبعة فاس الحجرية.
- 36 - الضياء اللامع في شرح جمع الجوامع لأحمد بن حنبل وطبعة فاس الحجرية.
- 37 - دروس في أصول الفقه لأستاذنا العربي الشامي مخطوط خاص.
- 38 - شرح المنهج المنتخب لمحمد بن علي - المطبعة العربية بربحة الزرع القديمة بالبيضاء.
- 39 - المدخل الفقهي العام مصطفى الزرقاء - دار الفكر بيروت الطبعة 87.
- 40 - المدخل إلى علم أصول الفقه للدكتور محمد معروف الدواليبي مطبعة دار الفكر بيروت.
- 41 - الفروق للقرافي - مطبعة دار المعرفة بيروت بالأوفسيت.
- 42 - قواعد الأحكام في مصالح الأنام - عز الدين بن عبد السلام طبعة دار الشرق للطباعة 1968.
- 43 - أصول الفقه لأبي زهرة - دار الفكر العربي 1973.
- 44 - معالم الشريعة الإسلامية للدكتور صبحي الصالح طبعة دار العلم للملايين 1975.

- 45 - الأصول العامة للفقهاء المقارن - محمد تقي الحكيم طبعة دار الأندلس بيروت.
- 46 - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي - طبعة مؤسسة الرسالة 1977.
- 47 - مقاصد الشريعة الإسلامية - محمد الطاهر بن عاشور المطبعة الفنية بتونس 1366.
- 48 - شرح العنصر على مختصر ابن الحاجب الأصولي طبعة حسن حلمي 1307.
- 49 - المستصفى للغزالي - مطبعة مصطفى محمد التجارية الكبرى 1937.
- 50 - دروس في أصول الفقه - للدكتور نزيه الصادق المهدي طبعة ستانسيل.
- 51 - مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول للشيخ التلمساني - مطبعة ومكتبة الخانجي بمصر 1962.
- 52 - أصول الفقه - للدكتور مصطفى شلبي - دار النهضة العربية بيروت 1974.
- 53 - المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي للدكتور مصطفى زيد - طبعة دار الرائد بمصر 1964.
- 54 - حاشية البناني على شرح المحلى لمتن جمع الجوامع مطبعة الحلبي بمصر 1937.
- 55 - الاعتصام للشاطبي - المكتبة التجارية - مصطفى محمد.
- 56 - مختصر صفوة البيان في شرح منهاج البيضاوي للشيخ ياسين سويلم طه - مكتبة الكليات الأزهرية 1975.
- 57 - أصول الفقه للعربي اللوه - مطبعة كريماديس بتطوان 1972.

- 58 - مدخل الفقه الإسلامي لجماعة من أساتذة كلية الشريعة بالأزهر - مطبعة دار الفكر العربي بمصر 1965.
- 59 - شرح المنجور على المنهج المنتخب - طبعة فاس الحجرية.
- 60 - صفة الفتوى والمفتي والمستفتي للحراني - طبعة المكتب الإسلامي.
- 61 - أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء للدكتور سعيد الخن مؤسسة الرسالة 1969.
- 62 - المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل - لابن بدران الدمشقي الطباعة المنيرية بمصر.
- 63 - أصول الفقه للخضري - مطبعة الاستقامة 1938.

كتب الفقه الجامعة لمعظم الأبواب :

- 64 - مختصر خليل - طبعة الاستقامة بالقاهرة 1938.
- 65 - شرح منح الجليل على مختصر خليل - الشيخ عlish - طبعة مكتبة النجاح بالأوفسيت.
- 66 - مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب - مطبعة السعادة بمصر 1328.
- 67 - بلغة السالك شرح أقرب المسالك للدردير - مطبعة مصطفى الحلبي 1952.
- 68 - شرح الزرقاني على مختصر خليل - الطبعة الميرية بمصر 1303.
- 69 - حاشية بناني على الزرقاني - المطبعة الميرية بمصر 1303.
- 70 - شرح الخرشي على مختصر خليل - المطبعة الخيرية بمصر 1308.
- 71 - حاشية العدوي على الخرشي - المطبعة الخيرية بمصر 1308.
- 72 - شرح الدردير على مختصر خليل - دار إحياء الكتب للحلبي.
- 73 - حاشية الدسوقي على الدردير طبعة دار إحياء الكتب للحلبي.

- 74) حاشية الصاوي على بلغة السالك - طبعة مصطفى الحلبي 1952.
- 75 - البهجة شرح التحفة للتسولي المطبعة العلمية بمصر 1317.
- 76 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد - مطبعة الاستقامة بالقاهرة.
- 77 - تكميل التقييد وتحليل التعقيد لابن غازي - مخطوط الخزانة العامة
بالرباط - كت 822.
- 78 - المدونة الكبرى رواية سحنون - طبعة دار صادر بالأوفسيت.
- 79 - شرح عبد الرحمان الثعالبي على مختصر ابن الحاجب الفرعي مخطوط
خاص.
- 80 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين الكساني طبعة دار
الكتاب بيروت بالأوفسيت.
- 81 - حاشية الزرهوني على الزرقاني - الطبعة الأميرية ببولاق 1306.
- 82 - موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي - يصدرها المجلس
الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر ابتداء من 1386.
- 83 - المقدمات الممهدة لابن رشد - طبعة دار صادر بالأوفسيت.
- 84 - المجموع شرح المذهب للنوي - مطبعة العاصمة - الناشر زكريا
يوسف.
- 85 - شرح جسوس على الرسالة - طبعة فاس الحجرية.

كتب فقه القضاء :

- 86 - تبصرة ابن فرحون بهامش فتاوي عليش - مطبعة مصطفى الحلبي
بمصر 1958.
- 87 - الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية للمير - دار الطباعة المغربية
بتطوان.
- 88 - حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق - الطبعة الحجرية
الأخيرة.

- 89 - التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية - علال الفاسي طبعة استنسيل بكلية الحقوق بالرباط.
- 90 - شرح قانون الزواج المغربي لأستاذنا حماد العراقي - المطبعة الملكية (ملكا إخوان) البيضاء.
- 91 - شرح عمر الفاسي على لامية الزقاق - طبعة فاس الحجرية.
- 92 - شرح ميارة على لامية الزقاق - طبعة فاس الحجرية.
- 93 - المفيد لابن هشام - مخطوط بالخزانة العامة بالرباط رقم 805 الأوقاف.
- 94 - مجالس المكناسي - طبعة فاس الحجرية.
- 95 - شرح ميارة على تحفة ابن عاصم - المطبعة المصرية محمد أفندي 1315.
- 96 - حاشية الوزاني على شرح التاودي للتحفة - طبعة فاس الحجرية.
- 97 - حاشية أبي الشتاء الصنهاجي على شرح التاودي للامية الزقاق مطبعة الأمنية بالرباط 1955.
- 98 - تعليق على مدونة الأحوال الشخصية لأستاذنا الجواد الصقلي طبعة استنسيل كلية الشريعة بفاس.
- 99 - المقارنات التشريعية بين المذهب المالكي والقانون الفرنسي سيد عبد الله حسين - مطبعة دار إحياء الكتب للحلبي 1947.
- 100 - كتاب اللائق لمعلم الوثائق - أحمد بن عرضون طبعة تطوان.
- 101 - أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى - دار الكتاب العربي بمصر 1958.
- 102 - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - علي حيدر تعريب فهمي الحسيني - طبعة مكتبة النهضة بيروت.

- 103 - التشريع الجنائي مقارنا بالقانون الوضعي - عبد القادر عودة مكتبة دار العروبة 1959.
- 104 - محاضرات في الحقوق العينية في الفقه الإسلامي لأستاذنا عبد الواحد العلوي - طبعة استنسيل.
- 105 - شرح الرهوني التطواني على لامية الزقاق - مطبعة إيديطوريال تطوان 1946.
- 106 - شرح توضيح الأحكام على تحفة الحكام للتوزري - طبعة تونس 1339.
- 107 - الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية لأستاذنا حماد العراقي.
- 108 - مصادر الحق للدكتور عبد الرزاق السنهوري - مطابع دار الكتاب بمصر 1967.
- 109 - منهج الناشئين من القضاة والحكام لأبي الشتاء الصنهاجي المطبعة الجديدة بطعالة فاس 1348.

كتاب كتب العمل :

- 110 - شرح العمل الفاسي للسجلماسي - طبعة فاس الحجرية.
- 111 - تحفة أكياس الناس شرح عمل فاس - المهدي الوزاني - طبعة فاس الحجرية.
- 112 - شرح العمل الفاسي لعبد الصمد كنون - مطبعة الشرق بالقاهرة.
- 113 - متن العمل الفاسي بهامش جني زهر الآس لكونون.
- 114 - شرح السجلماسي للعمل المطلق - طبعة فاس الحجرية.
- 115 - المنهل العذب السلسبيل للأزارفي لنظم الجشتمي مطبعة النجاح الجديدة بالبيضاء 1979.

كتب النوازل والأجوبة :

- 116 - معيار الونشريسي - طبعة فاس الحجرية.
117 - النوازل الكبرى للمهدي الوزاني - طبعة فاس الحجرية.
118 - نتائج الأحكام في النوازل والأحكام للرهوني التطواني - مطبعة الأحرار بتطوان 1942.
119 - نوازل عlish فتح العلي المالك - مطبعة مصطفى الحلبي بمصر 1958.
120 - نوازل العلمي - طبعة فاس الحجرية.
121 - نوازل العباسي - طبعة فاس الحجرية.
122 - نوازل المسناوي - طبعة فاس الحجرية.
123 - الأجوبة الكبرى لعبد القادر الفاسي - طبعة فاس الحجرية.

كتب تاريخ الفقه والفقهاء :

- 124 - شجرة النور الزكية - محمد مخلوف - دار الكتاب العربي بالأوفسيت.
125 - النبوغ المغربي في الأدب العربي للأستاذ عبد الله كَنُون طبعة دار الكتاب اللبناني 1961.
126 - الديباج المذهب لابن فرحون - طبعة ابن شقرون بمصر 1951.
127 - الأعلام للزركلي الطبعة الثالثة.
128 - محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي لأستاذنا حماد العراقي مطبعة فضالة.
129 - محاضرات في تاريخ التشريف الإسلامي لمحمد بن تاويت التطواني - طبعة تطوان 1961.
130 - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي - المطبعة الجديدة ثم أكمل بتونس.

- 131 - تاريخ المذاهب الإسلامية لأبي زهرة طبعة دار الفكر العربي بمصر.
- 132 - مالك بن أنس أمام دار الهجرة لعبد العليم الجندي - طبعة دار المغارف بمصر 1969.
- 133 - ترتيب المدارك للقاضي عياض - طبعة وزارة الأوقاف المغربية.
- 134 - مالك حياته وعصره - آراؤه وفقهه لأبي زهرة - مطبعة دار الفكر بمصر 1964.
- 135 - تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد يوسف موسى - مطابع دار الكتب بمصر 1958.
- 136 - نفح الطيب في غصن الأندلس الرطيب - دار صادر بيروت.
- 137 - مناقب الإمام الشافعي للحافظ البيهقي.
- 138 - الحركة الفكرية بالمغرب في عهد السعديين للدكتور محمد حجي - مطبعة فضالة 1977.
- 139 - نيل الابتهاج في تكميل الديباج لأحمد بابا - طبعة ابن شقرون بمصر 1351.
- 140 - أبو حنيفة حياته وعصره، آراؤه وفقهه لأبي زهرة - طبعة دار الفكر بمصر 1955.
- 141 - ابن حنبل حياته وعصره، آراؤه وفقهه لأبي زهرة - طبعة دار الفكر بمصر الطبعة الأولى.
- 142 - ابن حزم حياته وعصره، آراؤه وفقهه لأبي زهرة - طبعة دار الفكر الطبعة الأولى.
- 143 - ابن تيمية حياته وعصره، آراؤه وفقهه لأبي زهرة - طبعة دار الفكر الطبعة الأولى.

أبحاث ورسائل :

- 144 - نور البصر في شرح خطبة المختصر - أحمد الهلالي - طبعة فاس الحجرية.
- 145 - رسالة عقود رسم المفتي - مجموعة رسائل ابن عابدين طبعة تركيا.
- 146 - رفع العتاب والملام عن قال العمل بالضعيف اختياراً حرام محمد بن قاسم القادري - مطبعة محمد أفندي مصطفى بمصر 1308.
- 147 - الفتيا ومناهج الإفتاء لمحمد سليمان عبد الله الأشقر مكتبة المنار الإسلامية الكويت.
- 148 - بغية المقاصد وخلاصة المراصد للسنوسي - مطبعة المعاهد بمصر 1344.
- 149 - شرح الزياتي على نظم الزكاة للعربي الفاسي - طبعة فاس الحجرية.
- 150 - حصول المسرة والأنس في بيان مدارك الفصول الخمس لم يسم مؤلفه موضوعه الإصلاحات القضائية التي قررها السلطان سيدي محمد بن عبد الله العلوي مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 330 ضمن مجموع.
- 151 - مقال في الالتصاق الصناعي في الحقل العقاري في التشريع المقارن - للدكتور مأمون الكزبري منشور بمجلة رابطة القضاة العدد الأول.
- 152 - تبين المدارك لرجحان سنية تحية المسجد وقت الخطبة في مذهب مالك لعبد الحي بن الصديق - طبعة تطوان.
- 153 - بدل الماعون في مسألة أماون عبد الحي بن الصديق مطابع الشمال طنجة.
- 154 - الأحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي - مطبعة الأنوار بمصر 1938.

- 155 - مقال قاعدة العمل حجة في مذهب مالك للأستاذ عبد الله كَنُون نشر
بمجلة العربي الكويتية عدد 152.
- 156 - صحة مذهب أهل المدينة لابن تيمية طبع ضمن مجموع الفتاوي.
- 157 - مقال واقعية الفقه الإسلامي - نشر بمجلة الأزهر عدد اكتوبر ونونبر
1978.
- 158 - مقال يتعلق بالعمل في أحكام الفقهاء المتأخرين لأبي بكر زنيبر نشر
بملحق جريدة المغرب للثقافة العدد 2 سنة 1938.
- 159 - مقال الاجتهاد في تاريخ التشريع الإسلامي بموريطانيا لمحمد المختار
ولد باه - نشر بمجلة الفكر الإسلامي اللبنانية عدد 10 النسة السابعة.
- 160 - تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب طبعة فاس الحجرية.
- 161 - المحاضرات المغربية لمحمد الفاضل بن عاشور - طبعة الدار
التونسية للنشر.
- 162 - الاجتهاد القضائي محاضرة للدكتور موسى عبود نشرت بمجلة
المحاماة المغربية.
- 163 - بحث في حكم تعاطي الدخان وطابة والتجارة فيهما والصلاة وراء
متعاطيهما لعبد الحي بن الصديق - مخطوط خاص.
- 164 - رسالة النصر لكراهية القبض للمهدي الوزاني - طبعة فاس
الحجرية.
- 165 - إغاثة اللفهان من مصائب الشيطان لابن قيم الجوزية - مطبعة
مصطفى الحلبي بمصر 1961.
- 166 - نظرية الضرورة للدكتور وهبة الزحيلي.
- 167 - رسالة نشر العرف ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين طبعة تركيا.
- 168 - أسباب اختلاف الفقهاء لعلي الخفيف - طبعة معهد الدراسات العربية
بمصر.

- 169 - مقال الأحكام الإسلامية بين الدوام والتغيير زكريا البري - نشر
بمجلة العربي الكويتية عدد 138.
- 170 - العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبي سنة - مطبعة
الأزهر 1947.
- 171 - شريعة الإسلام خلودها وصلاحياتها للتطبيق في كل زمان ومكان
ليوسف القرضاوي - طبعة المكتب الإسلامي.
- 172 - مقدمة ابن خلدون - مطبعة دار البيان.
- 173 - نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء - محمد سلام مذكور المطبعة
العالمية بمصر.
- 174 - منهاج الإسلام في الحكم لمحمد أسد ترجمة منصور محمد ماضي
طبع دار العلم للملايين 1967.
- 175 - ملكية الأراضي في الإسلام للدكتور محمد عبد الجواد محمد المطبعة
العالمية 1972.
- 176 - تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة للشيخ ميارة
طبعة فاس الحجرية.
- 177 - فروع بيع الصفقة للمهدي الوزاني - مخطوط خاص.
- 178 - رسالة عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد للدهلوي - منشورة في
داشرة المعارف لمحمد فريد وجدي ج 3.
- 179 - رسالة الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف للدهلوي منشورة بدائرة
المعارف لمحمد فريد وجدي.
- 180 - الصوارم والأسنة في الذب عن السنة لمحمد بن أبي مدران الشنقيطي
مطبعة الأمانة بالرباط 1959.
- 181 - الشرح الكبير لميارة على نظم المرشد المعين - الطبعة الأولى بمصر
سنة 1323.

كتب القانون :

- 182 - المدخل إلى القانون للدكتور حسن كيرة طبعة منشأة المعارف
بالأسكندرية 1971.
- 183 - المدخل لدراسة القانون لعبد النبي ميكو الطبعة الأولى.
- 184 - المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية تأليف ألان
فرنسوبرت - ترجمة الدكتور محمد لبيب شنب مكتبة القاهرة
الحديثة.
- 185 - مبادئ القانون المقارن عبد الرحمان البزاز - مطبعة العاني بغداد.
- 186 - دروس في أصول القانون الوضعي للدكتور محمد طلعت الغنيمي
مطبعة بروكاشيا بمصر.
- 187 - نظرية القانون للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي طبعة دار الكتاب
العربي بمصر 1965.
- 188 - نظرية الأحكام في قانون المرافعات للدكتور أحمد أبو الوفاء طبعة دار
المعارف بمصر 1965.
- 189 - قواعد المرافعات للعشماوي - المطبعة النموذجية بمصر 1957.
- 190 - شرح قانون الموجبات والعقود لزهدي يكن - طبعة دار الثقافة
بيروت.
- 191 - كفاح من أجل العدل لأستاذنا حمد العراقي - مكتبة المعارف
بالرباط.
- 192 - علم الاجتماع القانوني للدكتور حسن السعاتي - مكتبة الأنكلو
المصرية 1968.
- 193 - الأحوال الشخصية قواعد ونصوص وشروح لرشيد عبود - مكتبة
الرشاد بالبيضاء.
- 194 - القانون الجنائي في شروح - وزارة العدل المغربية 1968.

- 195 - شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات المصري - محمد إبراهيم إسماعيل - طبعة دار الفكر العربي بمصر.
- 196 - مبادئ القسم العام من التشريع العقابي - رؤوف عبيد - طبعة دار الفكر بمصر 1965.
- 197 - أصول القانون للدكتور أدريس العلوي العبدلاوي - طبعة دار القلم بيروت 1971.
- 198 - أصول القانون المدني للدكتور محي الدين إسماعيل علم الدين - طبعة مكتبة عين شمس بمصر.
- 199 - دراسات في القانون التجاري المغربي للدكتور علي العبيدي طبعة الأمنية بالرباط.
- 200 - الوسيط في شرح القانون المدني المصري للدكتور عبد الرزاق السنهري - الناشر دار النهضة العربية.
- 201 - التحفيظ العقاري في المغرب - محمد مهدي الجم - طبعة دار المغرب للتأليف والنشر - البيضاء 1979.
- 202 - المدخل للعلوم القانونية والفقہ الإسلامي للمستشار علي منصور طبعة القاهرة 1967 - مطبعة مخيمر.

المجالات والنصوص القانونية :

- 203 - المجلة المغربية للقوانين والمذاهب الأهلية العدد 6 - 7 سنة 1935.
- 204 - مجلة المحاماة الصادرة بالرباط.
- 205 - قانون المسطرة المدنية لعام 1974.
- 206 - ظهير تأسيس المجلس الأعلى لعام 1957.
- 207 - مجلة القضاء والقانون المغربية.
- 208 - قانون الالتزامات والعقود المغربي.

- 209 - قانون الموجبات والعقود اللبناني.
- 210 - القانون المدني المصري.
- 211 - المجلة العدلية العثمانية.
- 212 قانون الأحوال الشخصية المصري لعام 1929.
- 213 - مدونة الأحوال الشخصية المغربية.
- 214 - المجموعة المنيرة - طبعة 1952.
- 215 - مجموعة المناشير المتعلقة بمحاكم قضاة الأحوال الشخصية - طبعة عام 1959.
- 216 - جريدة العلم الصادرة بالرباط ليوم 1 فبراير 1979.
- 217 - مجلة قضاة المجلس الأعلى.
- 218 - المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد - كلية الحقوق بالرباط.
- 219 - مجلة البحث العلمي بالرباط.
- 220 - ظهير 27 أبريل سنة 1914 في ضبط منافع الجزاء والاستيجار والجلسة والمفتاح والزينة.

كتب اللغة والمنطق :

- 221 - حاشية ابن حمدون على شرح المكودي للألفية - طبعة دار الكفر بيروت بالأوفسيت.
- 222 - شرح الجوهر المكنون للدمنهوري - طبعة محمد علي صبيح 1958.
- 223 - شرح السلم لسعيد قدورة - الطبعة الأميرية ببلاق 1318.
- 224 - المنطق التوجيهي لأبي العلاء عفيفي - مطبعة لجنة التأليف بمصر 1953.
- 225 - المصباح المنير للفيومي - المطبعة الأميرية ببلاق 1316.
- 226 - التعريفات للجرجاني - مطبعة الحلبي 1938.

5 - فهرس الموضوعات

3تقديم
7المقدمة
19	القسم الأول : نشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل وتطورها
19تمهيد
	الباب الأول : تعدد الروايات والأقوال في المذهب المالكي وطرق
23الترجيح بينها
23تقسيم فصول هذا الباب :
25	الفصل الأول : أسباب تعدد الأقوال والروايات
25	الفرع الأول : أسباب تعدد الأقوال
27رأي ابن عبد السلام الهواري
29رأي ابن الحاجب
32	الفرع الثاني : أسباب تعدد الروايات
35	الفصل الثاني : تعريف الأقوال والروايات
35تقسيم هذا الفصل
36	الفرع الأولى : القول المتفق عليه
37	الفرع الثاني : القول الراجح
39	الفرع الثالث : القول المشهور
39	1 - ما كثر قائله
40	2 - ما قوي دليله
40	3 - قول ابن القاسم في المدونة

41 سبب اعتبار المشهور هو قول ابن القاسم
41 المشهور عند ابن الحاجب
43 الفرع الرابع : القول المساوي لمقابله
43 الفرع الخامس : القول الشاذ
44 الفرع السادس : القول الضعيف
45 الفصل الثالث : صور التعارض بين الأقوال
 الفرع الأول : الصور الست التي فيها أحد القولين أقوى من
45 مقابله
 الفرع الثاني : الصور الثلاث التي فيها قولان متساويان في
46 الترجيح
 الفرع الثالث : الصورة الوحيدة التي فيها القولان متساويان في
47 عدم الترجيح
49 الفصل الرابع : طرق الترجيح بين الأقوال
 الفرع الأول : طرق الترجيح عند تعارض المشهور والراجع مع
49 الشاذ والضعيف
 المطلب الأول : تقديم الراجح والمشهور على مقابلهما وذلك كقاعدة
50 عامة
 المطلب الثاني : الأحوال الاستثنائية التي يجوز أو يمضي فيها
53 العمل والحكم بالضعيف والشاذ
 المطلب الثالث : جواز الاختيار بين مختلف الأقوال سواء كانت
55 مشهورة وراجحة وضعيفة
57 الفرع الثاني : طرق الترجيح عند تعارض الراجح مع المشهور
57 الرأي الأول : يقول بتقديم المشهور على الراجح
58 الرأي الثاني : يقدم الراجح على المشهور

- 62 الفرع الثالث : طرق الترجيح عند حصول التساوي بين الأقوال
- 62 أولا : القائلون بالتوقف والتصالح وعدم الحكم بالتخمين
- ثانيا : القائلون بعدم التوقف، بل يجب الحكم بأحد القولين
- 63 المتساويين.....
- تفريق المساوي بين حالين قبل وقوع الحكم بالمساويين وبعد
- 65 وقوعه.....
- 65 الفرع الرابع : الترجيح بجريان العمل
- 67 اصطلاح صاحب العمل الفاسي في القول الذي يجري به العمل
- 68 رأي الهلالي في الضعيف والشاذ إذا جرى به العمل
- رأي محمد بن عبد القادر الفاسي ومحمد الحجوري أن العمل تقييد
- 68 وتخصيص لا ترجيح
- رأي ابن ستاري في التفريق بين عمل الأقاليم وعمل أهل المدينة،
- 69 تعقيب السجلماسي وابن فرحون عليه
- 70 مسألة ثبوت الخلطة كمثال لما جرى به العمل

الباب الثاني :

- 75 عمل أهل المدينة والأسس التي بني عليها
- 75 تقسيم الباب الثاني
- 77 الفصل الأول : أهمية الحلول العملية ودلالاتها القطعية
- 79 طريقة مالك في التعبير عن جريان عمل أهل المدينة
- 81 الفصل الثاني : أقسام عمل أهل المدينة
- 83 الفصل الثالث : حجية عمل أهل المدينة
- 83 الفرع الأول : حجية العمل النقلي والعمل القديم قبل مقتل عثمان ...

85	الفرع الثاني : حجية العمل الاجتهادي والعمل المتأخر
87	الفرع الثالث : حجية العمل في حالة وجود معارض له
89	الفصل الرابع : الأسس التي بني عليها عمل أهل المدينة
89	الفرع الأول : مراعاة الاتصال والاستمرار في التطبيق وعمل الأكثر
	الفرع الثاني : عمل أهل المدينة من باب عموم البلوى، وأنه قرينة
92	لرد الخبر
	الفرع الثالث : العمل صورة لآخر أحوال الرسول ﷺ وأهل المدينة
93	أعرف بكيفية تلقي الصحابة للأحكام
95	الفرع الرابع : تعظيم الرسول ﷺ لشأن أهل المدينة
95	الفرع الخامس : عمل أهل المدينة طريقة لنقد متون الأحاديث
	الفرع السادس : عمل أهل المدينة فيه اعتبار لما اعتمده القضاء
96	والإفتاء

الباب الثالث :

	عمل الفقهاء المتأخرين، أو عمل الإقليم، وخصوصا عمل الأندلس
101	والمغرب
101	تمهيد
	الفصل الأول : دراسة ونقد لبعض أسباب ظهور نظرية العمل
105	الإقليمي (عمل الفقهاء المتأخرين)
111	الفصل الثاني : أنواع العمل عند الفقهاء المتأخرين
115	الفصل الثالث : عمل قرطبة والأندلس - تمهيد -
115	الفرع الأول : شرط أهل قرطبة وعوامل فرضه
117	الفرع الثاني : آراء الفقهاء حول شرط أهل قرطبة

	الفرع الثالث : انتقاد المقرري والمسنوي لشرط أهل قرطبة وللعمل
120	الإقليمي، والرد عليهما
	الفرع الرابع : بداية الأخذ بما جرى به العمل في الأندلس وتطور
124	ذلك
	الفرع الخامس : المسائل التي خالف فيها الأندلسيون مذهب مالك
126	وابن القاسم
126	أ - ما خالفوا فيه مذهب مالك
127	ب - ما خالفوا فيه قول ابن القاسم
131	الفصل الرابع : عمل فاس والمغرب
	الفصل الخامس : التعريف بالاجتهاد القضائي والسابقة
	القضائية في الأنظمة القانونية الوضعية، ومقارنة ذلك بنظرية
135	العمل - تقسيم -
135	الفرع الأول : التعريف بالاجتهاد القضائي
137	الفرع الثاني : التعريف بالسابقة القضائية
	الفرع الثالث : المقارنة بين نظرية العمل وبين الاجتهاد القضائي ✓
140	والسابقة القضائية

القسم الثاني :

147	ضوابط نظرية الأخذ بما جرى به العمل
147	تمهيد

الباب الأول :

151	ثبوت جريان العمل
153	الفصل الأول : كيفية ثبوت العمل وما نشأ حول ذلك من خلاف ...
155	مناظرة بين الهواري والمهدي الوزاني حول كيفية ثبوت العمل

155	انتقاد الوزاني لكيفية ثبوت العمل
156	رد الهواري على انتقاد الوزاني
157	تعقيب الوزاني على رد الهواري
159	ما نستنتجه من هذه المناظرة
161	الفصل الثاني : هل يشترط تسمية من أجرى العمل أم لا ؟
163	رأي من يقول : عدم وجوب ذكر من أجرى العمل
	رأي من يقول بوجوب ذكر وتسمية من أجرى العمل انتقاد
164	الشافعي على مالك في عدم ذكر من أجرى عمل أهل المدينة
165	وجهة نظرنا حول هذه الآراء
169	الفصل الثالث : كيفية ثبوت العمل في وقتنا الحاضر

الباب الثاني :

175	اندراج العمل تحت أصل شرعي وطرق الاندراج
175	تقسيم هذا الباب
177	الفصل الأول : اندراج العمل تحت أصل شرعي
	الفرع الأول : أقوال الفقهاء التي تنص على وجوب اندراج العمل
177	تحت أصل شرعي
	الفرع الثاني : ما يعتقده بعض الباحثين من أن مسائل العمل
179	لا تندرج تحت أصول شرعية، وبالتالي لا يصح الاستدلال بالعمل
181	الفرع الثالث : تعقيبنا على من يعتقد عدم الاستدلال بالعمل
181	أولا : وجه الاستدلال بعمل الفقهاء
	ثانيا : سبب الاستدلال بالعمل عند مالكية المغرب دون مالكية
182	المشرق
183	ثالثا : قياس عمل الفقهاء على عمل أهل المدينة

185	الفصل الثاني : طرق الاندراج - تقسيم -
185	الفرع الأول : مبادئ عامة في طرق الاندراج
	الفرع الثاني : قواعد منطقية وأصولية تراعى في إدراج المسائل
187	تحت الأصول الشرعية
187	المطلب الأول : القياس المنطقي
188	المطلب الثاني : الاستقراء
189	المطلب الثالث : التمثيل أو القياس الأصولي
	الفصل الثالث : دراسة تطبيقية لبيان اندراج المسائل تحت
191	الأصول الشرعية
191	الفرع الأول : مسألة الرد في الريال
	الفرع الثاني : مسألة قسمة المنتوج الزراعي على رؤوس من نتج
195	عن خدمتهم
196	تأصيل هذا العمل
	اعتراض السراج وعبد القادر الفاسي على العمل بقسمة المنتوج على
197	رؤوس من نتج عن خدمتهم
198	تعقيب على هذا الاعتراض
	الباب الثالث :
	ارتباط العمل بالظروف الزمانية والمكانية والعوامل الاجتماعية
203	والحضارية
203	تقسيم هذا الباب
	الفصل الأول : طبيعة أكثر أحكام العمل، التغيير والتبديل بتغير
205	الظروف
209	الفصل الثاني : الأدلة على تغير الأحكام بتغير الظروف والأحوال

209	أولا : الأدلة من السنة النبوية
210	ثانيا : الأدلة من آثار الصحابة
211	ثالثا : الاستدلال بأقوال الأئمة والفقهاء
	الفصل الثالث : ظاهرة تغير الأحكام في علم الاجتماع والنظم
215	القانونية الوضعية
	الفصل الرابع : عوامل تغير الأوضاع الزمانية التي يبنى عليها
217	تغير الأحكام الفقهية
218	الفصل الخامس : أنواع الأحكام المتغيرة
218	الفرع الأول : الأحكام المبنية على النصوص الظنية
219	أولا : ما يترتب على ظنية الورود والدلالة
220	ثانيا : الأحكام المستنتجة بفهم خاطئ للنص
	ثالثا : الأحكام المأخوذة من نصوص تقصد إلى تحقيق مصلحة
222	دقيقة مؤقتة تغيرت الظروف التي دعت إليه
	الفرع الثاني : الأحكام المبنية على الاجتهاد من قياس ومصلحة
223	وعرف ونحو ذلك (تقسيم)
224	المطلب الأول : تغير الأحكام العرفية
224	الصنف الأول : من العوائد الشرعية
227	الصنف الثاني : العوائد التي لا ينفى عنها ولا يثبتها دليل شرعي
230	المطلب الثاني : تغير الأحكام القياسية
231	المطلب الثالث : تغير الأحكام لتغير العلة
233	المطلب الرابع : تغير الأحكام المبنية على المصلحة المرسله
234	المطلب الخامس : تغير الأحكام بناء على الضرورة والحاجة
234	المطلب السادس : تغير الأحكام المبنية على المعرفة البشرية

	الفصل السادس : مخوفات واستشكالات حول تعميم نظرية تغير
237	الأحكام في الزمان والمكان والأشخاص والأحوال (تقسيم)
	الفرع الأول : عرض رأي القائلين بقصر تغير الأحكام على الزمان،
237	ورأي القائلين بالتعميم حتى في المكان والأشخاص والأحوال
239	الفرع الثاني : مؤيدات القول بتعميم تغير الأحكام
	المطلب الأول : نفي التعارض بين القول بتعميم تغير الأحكام وبين
240	الأصول الشرعية
241	المطلب الثاني : الاستدلال على مراعاة الظروف المكانية
242	المطلب الثالث : فوائد مراعاة الظروف المكانية
243	المطلب الرابع : مراعاة أحوال الأشخاص والنيات

الباب الرابع :

249	الأسس والموجبات التي تبني عليها أحكام العمل
249	تمهيد وتقسيم
251	الفصل الأول : العرف (تقسيم)
252	الفرع الأول : معنى العرف والعادة لغة وفقها
252	المطلب الأول : تعريف العادة
253	المطلب الثاني : تعريف العرف
255	الفرع الثاني : تمييز العرف عما يشابهه
255	المطلب الأول : النسبة بين العادة والعرف
256	المطلب الثاني : الفرق بين العرف والإجماع
257	المطلب الثالث : الفرق بين العرف وبين ما جرى به العمل
257	الفرع الثالث : كيف ينشأ العرف وكيف يدخل فيها شرعه الإسلام
258	المطلب الأول : كيف ينشأ العرف

260	المطلب الثاني : كيف يدخل العرف فيما شرعه الإسلام
261	الفرع الرابع : تقسيم العرف ومجالاته
261	المطلب الأول : تقسيم العرف
263	المطلب الثاني : مجالات العرف
263	الفرع الخامس : حجية العرف
263	المطلب الأول : حجية العرف بصفة عامة
266	المطلب الثاني : حجية العرف في المذهب الحنفي والمذهب المالكي
266	أقوال الحنفية في حجية العرف
267	حجية العرف في المذهب المالكي
	الفرع السادس : تطبيقات العرف في المذهب المالكي في الحقوق
269	العرفية العقارية (تقسيم)
270	المطلب الأول : التعريف بالحقوق العرفية العقارية - الجلسة
270	الجزاء والاستئجار
271	الزينة
272	المفتاح
	المطلب الثاني : الظروف التي نشأت فيها الحقوق العرفية
272	العقارية وما دار حولها من خلاف
277	الفصل الثاني : المصلحة (تقسيم)
	الفرع الأول : التعريف بالمصلحة والتفريق بينها وبين كل من
277	الحكمة والعلة
278	المطلب الأول : التعريف بالمصلحة
280	المطلب الثاني : التفريق بين المصلحة وبين كل من الحكمة والعلة ...
283	الفرع الثاني : مراعاة الشريعة للمصالح

	الفرع الثالث : مراتب المصالح - المصالح الضرورية والحاجية
284والتحسينية
286	الفرع الرابع : أنواع المصالح من حيث نظرة الشارع إليها.....
287	أ - المصالح الملغاة.....
288	ب - المصالح المعتمدة.....
288	ج - المصالح المرسله.....
288	الفرع الخامس : حجية المصالح المرسله وموقف الفقهاء منها.....
289	المطلب الأول : موقف الفقهاء عموما.....
290	المطلب الثاني : موقف الطوفي من المصالح المرسله.....
293	الفرع السادس : نظرية المذهب المالكي في المصالح المرسله.....
298	وجه الخلاف بين نظرية الطوفي ونظرية المذهب المالكي.....
299	الفرع السابع : دراسة تطبيقية للمصلحة في بيع الصفقة.....
299	المطلب الأول : ماهية بيع الصفقة.....
302	المطلب الثاني : المصلحة أساس بيع الصفقة.....
305	الفصل الثالث : سد الذريعة وفتحها (تقسيم).....
306	الفرع الأول : تعريف سد الذريعة وتأصيلها.....
306	المطلب الأول : تعريف الذريعة.....
308	المطلب الثاني : تأصيل الذريعة.....
310	الفرع الثاني : دليل الأخذ بالذرائع - الكتاب - السنة.....
312	الاستدلال على الذرائع بالإجماع.....
313	الفرع الثالث : أقسام الذرائع - تقسيم ابن قيم الجوزية.....
314	تقسيم الشاطبي.....
315	تقسيم القرافي.....
316	الفرع الرابع : فتح الذرائع.....

317	الفرع الخامس : هل سد الذرائع وفتحها خاص بالمذهب المالكي
	الفرع السادس : دراسة تطبيقية للذريعة في مسألة تأييد التحريم
320	في المخلق بها والمهروب بها
320	المطلب الأول : ماهية التخليق والهروب بالمرأة وأحكام ذلك
	المطلب الثاني : سد الذريعة هو أساس تأييد التحريم في الزواج
322	بالمخلق بها والمهروب بها
325	الفصل الرابع : الضرورة والحاجة (تقسيم)
325	الفرع الأول : التعريف بالضرورة والحاجة والفرق بينهما
327	الفرع الثاني : أدلة مشروعية رعاية حالة الضرورة والحاجة
	الفرع الثالث : حدود مراعاة حالة الضرورة والحاجة في المذهب
330	المالكي
330	المطلب الأول : التوسع في حالات الضرورة
333	المطلب الثاني : التضييق من حالات الضرورة
	الفرع الرابع : دراسة تطبيقية لمراعاة حالة الضرورة والحاجة في
336	شهادة اللفيف
336	المطلب الأول : تطور الإثبات بالشهادة وظهور اللفيف
	المطلب الثاني : الضرورة والحاجة هما أساس العمل بشهادة
340	اللفيف
342	المطلب الثالث : قيمة شهادة اللفيف في الوقت الحاضر
	الباب الخامس :
349	صدور أحكام العمل من الفقهاء المؤهلين - تمهيد -
	الفصل الأول : مراتب الفقهاء في التشريع الإسلامي - المجتهد
351	المطلق المستقل

352 المجتهد المطلق المنتسب - مجتهد المذهب - (مجتهد التخريج)
353 مجتهد الفتيا (مجتهد الترجيح)
354 الفقيه المقلد الصرف
354 خصوصيات المذهب المالكي في هذه المراتب
359 الفصل الثاني : تتبع ومناقشة
360 المرتبة التي يحتاج إليها في مسائل العمل
365 الخاتمة
371 الفهارس العامة
373 1 - فهرس المصادر والمراجع
389 2 - فهرس الموضوعات